قال بعضهم ومتى يأتي المصلي بالثناء عقيب الافتتاح إماما كان أو منفردا أو مقتديا وفي الأمالي لو أدرك المقتدي الإمام بعدما اشتغل بالقراءة إن كان يجهر بها لا يأتي بالثناء بل يستمع وإن كان يسر بها يأتي بالثناء وقيل لا يأتي به لأنه مأمور بالاستماع والإنصات بالنص فإن عجز عن الاستماع بإسرار الإمام لا يعجز عن الإنصات ولو أدركه في الركوع يكبر قائما ويترك الثناء ويكبر ويركع لئلا يفوت عنه إدراك الركعة ولو أدركه في السجود يكبر ويأتي بالثناء ثم يكبر ويسجد

نقل من ابن ملك لشرح مجمع البحرين

ولو أدرك الإمام في الركعة الأولى حالة القراءة إن كانت صلاة يجهر فيها بالقراءة لا يأتي بالثناء لأنه مأمور بالاستماع فلو اشتغل بالثناء يفوته الاستماع وإن كانت صلاة يخافت فيها بالقراءة قيل إنه يأتي بالثناء لأنه لا يتضمن فوات الاستماع وقيل لا يأتي لأنه مأمور بالاستماع والإنصات بالنص فإن عجز عن الاستماع لم يعجز عن الإنصات فلزمه ولو أدركه في الركوع يكبر للافتتاح ثم يكبر أخرى للانحطاط ولا يأتي بالثناء بل يشتغل بتسبيح الركوع لأن الثناء سنة كالتسبيحات في الركوع والتسبيحات في محلها لا مكان الإتيان بها أولى ولو أدركه في القعود يكبر للافتتاح ثم يكبر للانحطاط ويقعد ويتابعه في التشهد لأنه شرع في وسط الصلاة ولا يتابعه في الدعوات لأنها شرعت في آخر الصلاة وعن محمد أنه ينبغي أن يدعو بدعوات مذكورة في القرآن لأنه يؤتى بمثل هذه الدعوات في وسط الصلاة بأن يقرأ في حالة القراءة وقيل بأنه يكرر التشهد لأن القعدة شرعت لأجل التشهد دون الدعاء وقيل بأنه يسكت لأنه لو كرر التشهد يصير مخالفا للإمام والدعاء لم يشرع في وسط الصلاة فتعين السكوت

من محيط السرخسي في باب حكم اللاحق والمسبوق

من الزكوة

ولا يدفع إلى ذمي لقوله عليه السلام أمرت أن آخذها من أغنيائكم وأردها على فقرائكم ويدفع إليه غيرها من الصدقات كالنذور والكفارات وصدقة الفطر وقال أبو يوسف لا يجوز كالزكوة ولهما أن النص ورد مطلقا للفقراء إلا أنه خص في الزكوة بالحديث فبقي وراءه على الأصل ولا يجوز دفع شيء من ذلك إلى الحربي لقوله تعالى إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ولا يجوز دفع شيء من العشر إلى الذمي إجماعا كالزكوة وعليه الإجماع

اختيار شرح المختار
في باب مصارف الزكوة

رجل مريض

رجل قال رجل وهب لرجل أمة قيمتها ثلثمائة ولا مال له غيرها فباعها اياه الموهوب له
وهو صحيح بمائة درهم ولم يقبض المائة ثم مات الواهب من مرضه فالجارية تسلم لورثة
الواهب ويأخذون من الموهوب له ثلثة وثلثون درهما وثلث درهم لانه حين باعها
اياه كان قد استهلك الجارية وصارت قيمتها دينا عليه وهي ثلثمائة وكانت هذه
الثلثمائة زيادة في مال الميت فصار ماله ستمائة الا ان عليه دين مائة درهم فصار
ماله الذي يجوز فيه وصيته خمسمائة درهم فللموهوب له ثلثها وذلك مائة وستة
وستون وثلثا درهم فيكون ذلك وصية له من قيمة الامة يبقى عليه مائة وثلثة
وثلثون وثلث وقد كان له على الواهب مائة دين فبقي عليه ثلثة وثلثون وثلث

من محيط السرخسي
في اقرار المريض

فهرست

كتاب البيوع 1	فصل في ما يتناول اسم المبيع 13	باب خيار الشرط 18
باب خيار الرؤية 31	باب خيار العيب 39	باب البيع الفاسد 53
فصل في احكامه 74	فصل فيما يكره 81	باب الاقالة 85
باب المرابحة والتولية 88	فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول 94	باب الربوا 100
باب الحقوق 114	باب الاستحقاق 115	فصل في بيع الفضولي 117
باب السلم 124	مسائل منثورة 142	كتاب الصرف 147

كتاب الكفالة 158	فصل في الضمان 184	باب كفالة الرجلين 189
باب كفالة العبد وعنه 191	كتاب الحوالة 193	كتاب ادب القاضي 199
فصل في الحبس 208	باب كتاب القاضي الى القاضي 212	فصل آخر 216
باب التحكيم 223	مسائل شتى من كتاب القضاء 225	فصل في القضاء بالمواريث 231
فصل آخر 238	كتاب الشهادات 240	فصل فيما يتحمله الشاهد 248
باب من يقبل شهادته ومن لا تقبل 252	باب الاختلاف في الشهادة 264	فصل في الشهادة على الارث 270
باب الشهادة على الشهادة 271	فصل في شاهد الزور 275	كتاب الرجوع عن الشهادات 277

1 جلد ثالث

T. C.
MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI
RAGIP PAŞA KİTAPLIĞI
MÜDÜRLÜĞÜ
SAYI: ~~429~~/3

٥٩٤
ﺳﻄﺮ
٢١

RAĞIP P.
Ka. N.
548

كتاب الوكالة ٢٨٤	باب الوكالة بالبيع والشرى ٢٩٣	فصل في الشرى ٢٩٣
فصل في التوكيل لشراء نفس العبد ٣٠٥	فصل في الوكالة بالبيع ٣٠٨	فصل في الوكيلين ٣١٣
باب الوكالة بالخصومة والقبض ٣١٦	باب عزل الوكيل ٣٢٥	كتاب الدعوى ٣٢٩
باب اليمين ٣٣٢	فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٣٣٩	باب التحالف ٣٤١
فصل فيما لا يكون خصما ٣٥٢	باب ما يدعيه الرجلان ٣٥٤	فصل في التنازع بالايدي ٣٦٥
باب دعوى النسب ٣٦٨	كتاب الاقرار ٣٧٥	فصل في الاقرار للحمل ٣٨٠
باب الاستثناء وما في معناه ٣٨١	باب اقرار المريض ٣٨٧	فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله ٣٩١

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول
اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء
يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به
ولا ينعقد

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع
في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع
في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال
بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء
اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشيء وباعه منه ولاشتماله على الانواع الآتي
ذكرها جمعه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه عم
بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة و
بالاجماع فانه لم ينكره احد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب
شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك
في التقرير وركنه الايجاب او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين
العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة
الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري
في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه مالكا له لان ذلك التصرف ليس
بشرعي مطلقا لنهي النبي عم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية
البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق
القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق التبعية وانواعه
باعتبار المبيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين
اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين
بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت
الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها

ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك

البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد هنا تعلق كلام احد العاقدين
بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم
من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى
كلامه قبولا وهو لا يضاف في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا
ويشترط ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب
بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك
فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات
ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع
الشرعي واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية
لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به
هذا هو تقرير كلام الشيخ ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال ولم
يستعمل له بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظ قال ولا ينعقد بلفظين احدهما
لفظ المستقبل واي لا ينعقد بذلك لان النبي عم استعمل فيه لفظ الماضي
الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل
ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري
كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون
نية الايجاب واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى التحفة
الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تقييد لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال
فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب
تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو ما يكون بالسين او سوف
وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا فائدة

وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه
والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة
قال واذا اوجب التراضي

في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد
ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فتجوز الا ان يقال انه لم يقل بالجواز به
وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل
المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا
ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن
النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان الموجود الا المجاز
يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لان الحقيقة يحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز
على انه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي
فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية
فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية بخلاف النكاح
فانه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك
انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد
يتولى طرفي النكاح وقوله رضيت او اعطيتك الى آخره بيان ان
انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به
فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال
اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن
انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا
فقال خذه لانه امره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع
اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع
لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد
يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يتناجيا بمقتضيه

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا
خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر
فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات
فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة
تحقيقا لليسر ودفعا للعسر ح
والكتاب ح

ولهذا اي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس
والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي
البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا
اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه قال رح واذا اوجب
اي اذا قال البايع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قبل في
المجلس وان شاء رده وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم
يكن مخيرا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فلا يكون
بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون
قبول الآخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير
فان قيل سلمنا ان الايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير
لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البايع وهو حق
للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان
الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبايع
وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البايع لا يمنع الحقيقة لكونها
اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل
الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة
الملك زالت عن المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه وقوله وانما
يمتد الى آخر المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه تخصيص خيار الرد
والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف
على ما وراء المجلس وتوجيه الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا
بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبايع وفي التوقف على المجلس

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب والرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضى الاخر بتفريق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى والله اعلم

صفقتان

ليسر ابها جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن العتق والخلع على حال كذلك فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس متوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس قال رح والكتاب كالخطاب اي اذا كتب اما بعد فقد بعت عبدي فلانا بالف درهم او قال الرسول بعت هذا من فلان الغايب بالف فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغايب كالخطاب من الحاضر لان النبي عم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه وقوله قال رح وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البايع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البايع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البايع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبايع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه الا يقال بتضرر البايع بسبب الشركة فان قيل فان رضي البايع في المجلس بان يبيع اولا اجيب بان القدوري رح قال انه

مع

يقع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف اي ابتداء قبول ورضى البايع قبول واتى يقع مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين بايعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة واما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يقع العقد بقبول احدهما وان رضي البايع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البايع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى و الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبايع ومشتري وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد المبيع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد ما سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا كما ذكر في الكتاب واتحاد الجميع سوى البايع كان قالا بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرر لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرر لفظ الشراء هذا كله استحسانا وقياسا واما تعدد البايع مع تعدد المثمن والثمن بلا تكرر لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع

المبيع

مطلب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعل عبارة عن العقد نفسه

وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا
واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح
يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان

والثمن بدون تكرر لفظ الشراء فيوجب التفرق فيما لا يستقيم
وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجبه على قول صاحبيه
قوله قال وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب بعد ما يتصل
بقوله ان شاء فيبلغ المجلس ان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب
تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع
وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل
الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا بعد القيام لو قال
قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد
عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم و
ليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي
فانه اثبت لكل واحد منهما خيار المجلس بمعنى ان لكل واحد من العاقدين
بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان
واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق
عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان الفسخ ابطال حق الغير وهو
لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره
وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قبولهما وبعد قبولهما وبعد
كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز
باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا
او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل
الارادة لا بقاء العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين
بعد وجود كلاميهما لان البائع بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه
فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض كلامهما

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف
وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان التي

كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم
النخعي رح وقوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما قال ان التفرق عرض
فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض
بالعرض وهو ممتنع باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد
التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان
اسناد التفرق والتوحيد الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب
شيوع الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا
الكتاب الاية وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق
في الاعتقاد وقال عليه السلام ستفترق امتي على ثلث وسبعين
فرقة وهو ايضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه
او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد رح
لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف
عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى جهالة اذ ليس
له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة
وهو مقطوع بفساده وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد
معروف او نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي
فيترجح جانب التفرق بالاقوال بما ذكرنا من ان حمله على التفرق بالابدان رد
الى الجهالة وهذا التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن
الحسن قال والاعواض المشار اليها الاعواض المشار اليها ثمنا كانت
او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان في الاشارة
كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم

والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وبهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة بهذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التوقيف وكون التقابض بازاء في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار يمنع الصحة لاحتمال الربوا وانه لا يفيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه **قال** والاثمان المطلقة لا تصح اي الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى النزاع فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع **قال** ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي رح المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب عندنا فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقلة عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار رقبته مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وثبت في الذمة الا اصل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تع واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق

قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فينصرف اليه

والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين وهي معينة فهي اثمان لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه وهذا ملخص كلامهم في هذا الموضع واقول الاعيان ثلثة نقود كالدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد ونحو ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه وهذا قوله البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تع واحل الله البيع ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها **قال** ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا

فان كان النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان
الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فح
ينصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية قال وان كانت ح ح

ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فاني ما وجدت من الشارحين من
تصدى لذلك على ما ينبغي فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان
يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج
دون المالية او لا يكون في شيء منها بل في الاسم كالمصري والدمشقي مثلا
فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز
لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم وان كان الثالث
يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان
الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا
عرف هذا فقوله وان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب
المصري والمغربي فان المصري افضل من المغربي اذ فرض استوائهما في الرواج
فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى ~~المنازعة~~ النزاع اشارة الى القسم
الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدها فح يجوز وقوله او يكون
احدها اغلب واروج فح ينصرف البيع اليه تحريا للجواز اشارة الى
القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون
مع الاختلاف في المالية ومع الاستواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا
اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية اعني مع الاستواء في الرواج
اشارة الى القسم الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون
الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلثة منه دانقا و
النصرتي اليوم بسمرقند بمنزلة الناصري ببخارى والاختلاف بين
العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل
هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت
فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة
جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة
ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع ح

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة
القيمة بخلاف ما اذا باع بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا
قال ويجوز بما ما ح

سواء فيها اي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم
الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي
المتأخرون من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار
كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة
لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية فظهر من هذا التقييد كلام الشيخ
فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله
كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا
وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم
ان يجعل قوله كالثنائي الى منقطعا بقوله فان كانت سواء لان ما كان
اثنان منه دانقا وما كان ثلثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن
يمكن ان يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع قال
ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه
يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة والمراد بالحبوب غيرهما كالعدس والحمص
وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه
او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك و
ان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عم اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لا دلالة في هذا الحديث على المنع
عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على
ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة
غير مانعة منه فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم كما
ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ويجوز باناء بعينه
قال ح

قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع

اذا باع الطعام والحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة هي التي تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم يتعجل في البيع فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ياخذ ايهم شاء ويرد الباقين او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى اخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاول او لعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء مجهول وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح في رواية حسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما اشار اليه ولا يعتبر بالعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يتم تسمية من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة واظهر يعني من حيث الرواية قال ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس اولا

قال

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان يزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس

فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او بشرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع الانقلاب وتقييده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل ولهما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها في ايديهما فلانها ترتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها اما بيد البائع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتها واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فلما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة من بيع عبد من عبدين ان القياس (?) فيه الفساد الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره فلهذا لم يجوزه ابو حنيفة رح فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح كان للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو

ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل

البائع لان التوقف وان كان في صفقة الرضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا انما يصح اذا علمها ولم يسمّ فاذا
لم يعلم بها فالوجه انه نزّل منزلة من باع مالم يره لما يأتي فلا خيار له و
فيه بحث اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطّرد و
ليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم اشترى احدهما
الكل بحصته قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز
في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا
فلان قياس قول ابي حنيفة رح ان لا يخيّر المشتري للزوم انصراف البيع
الى الواحد بعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه
ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب التفريق والتفريق
انما يتحقق لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس
كذلك ههنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق
الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا
وانما وقع في نصيب شريكه لا غير لانه في وقوعه على نصيبه يلزم شراء
ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا
ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل
ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد
مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم
تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف
لان قولهما ان الكل مبيع فمن اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول
ابي حنيفة رح تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما

ايضا

وكذا اذا كيل في المجلس او سمّي جملة قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا راه ولم يكن راه وقت البيع
ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذا من باع ثوبا مذارعة
كل ذراع بدرهم ولم يسمّ جملة الذرعان وكذلك كل معدود متفاوت
وعندهما

ايضا الكثرة وما ثمه مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم
المقدار في المجلس صح والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد
الى البعض بما دل عليه اللفظ من البيع وقصد العاقدين وليس تفريق الصفقة
الا ذلك يعني ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا
وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه قوله وكذا اذا كيل في المجلس
او سمّي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال
لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار
ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا
وفي تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج ان يشتري من
مكان اخر وفيه نوافح او الاقتصار كما اذا راه ولم يكن راه وقت البيع
وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم
كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة رح في الجميع فاسد وقياس قوله
الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه
موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم
المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبيّن جملة الذرعان
وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو
عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب
وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة
دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاول فظاهر واما الثانية فلان المعقود
عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما
الثالثة فلانه لما سمّى لكل ذراع درهما وبيّن جملة الثمن صار جميع الذرعان

وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب
لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه و
تفضي اليها في الاول فوضح الفرق

قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع

معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عندهما فهو جايز في الكل لما قلنا قال ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخ عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزايد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليم الا بصفقة على حدة وكذا لا يجب قبض المشتري فكان كل من العاقدين مجبرا فيه ان شاء اباشرا ما عقدا او تركا ما واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فقد بينه بقوله الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته وقوله الا انه يتخير استثناء من قوله

لان الذرع وصف في الثوب الا يرى انها عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور فيه لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر

فان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها

باخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزايد للمشتري ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل او عريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزايد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلف عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة فاذا انتقص منها قفيز فالتسعة للمشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزايدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع

بجواز ان يقال نخ

بالتشقيص نخ

ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء تركها لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة

على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف
لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب
اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا و
اعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان
وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب
بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار
مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم
او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري
او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ قسطها
بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب او المذروعات
كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم يكن هذه المسئلة
والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم
كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن
او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر
الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله
شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها
من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع
بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على
تاتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع
لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا
لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي

قال قيل الذراع لو كان اصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يمنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر ان الزيادة لا تدخل في العقد [illegible] لانه يصير بائعا بعض الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في الفوائد الظهيرية وفي شرح الطحاوي كفاية

قوله والاولى ان يقال يعني الارض اقول فيه ان [illegible]

انقسام

وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط
ومن اشترى

انقسام الآحاد على الآحاد واجيب بان الذرع اصل من وجه من حيث
انه من اجزاء العين التي هي جيدة كالقفيز ووصف من وجه من حيث
انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسما
على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه
فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين
وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية
فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم يذكر كل ذراع بالذكر كان كل
ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان
مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع
بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه وان حصل له الزيادة في الذراع
لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر وكان في معنى خيار الرؤية فيدفع
الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا و
آخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول
فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها
اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجدت
احد عشر او تسع على ما يأتي واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا
بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها
عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة
وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب
مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة و
الذرعان من ثوب واحد كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لو لم
ليست

كون ح

قوله فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل اي اقول ثم كما يظهر من مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة اثواب

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا
هو جائز قال وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة
اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع ح

يدخل كان بايعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا (margin: اى طلبا)
في الجواز والقفيز الزايد ليس كذلك قال ومن اشترى عشرة
اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم
او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار
مائة ذراع وشراء عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان
عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في كونها عشرا
فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة رح ان الذراع حقيقة في الالة التي تذرع
وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما تحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل
وما تحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا و
المشاع ليس كذلك فما تحله لا يكون مشاعا ولا يستعمل فيه الذراع لعدم تجوز
المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي
جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم
فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشايع فالجهالة لا تفضي
الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما
في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب
القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده
بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار
من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار
من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من
الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة
الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظيرها

وله ان الذراع اسم لما يذرع به فاستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير
معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بينما اذا علم جملة الذرعان وبينما لم يعلم هو الصحيح
خلافا لما يقوله الخصاف رح لبقاء الجهالة
ولو اشترى عدلا ح

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن
ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل
عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا ح ح

لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما
فانه يجوز عنده قوله ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب عدل
الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر
فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزيادة لم تدخل تحت العقد
فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة
واما اذا انتقص فلوجوب سقوط حصة الناقص من ذمة المشتري
وهي مجهولة لانه لا يدرى انه كان جيدا او رديا او وسطا ومن
لا يدرى قيمته بيقين حتى يسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي
من الثمن فلا شك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله
كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله
الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير
شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن
مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان
ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع
في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين عبد
وحر في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده مطلقا
خلافا لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد في الجامع رجل
اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي
والاخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز في الهروي وجه الاستدلال ان الفاسد في مسئلة

بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما
لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط لجواز العقد
في المعدوم فافترقا
ولو اشترى ح

ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في الوجه الاول يأخذه ~~بتسعة ان شاء~~ باحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها اي على النصف حكم المقابلة ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة

الجامع الصغير لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقي ووفق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في الهروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان الهروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد هاهنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان

قوله ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص بنصف نصف ذراع قال ابو حنيفة فاذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد رح اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف ان بافراد البدل صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة رح قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع

ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا

ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما فزال الموجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فيسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاخبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يسلم الزيادة له لانه وان انفصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احديهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر والثانية ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان ينفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان ينفصل فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لا يقال لا نسلم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم يكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض عليها قبل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل

ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا

فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التقرير المذكور فان الحمل ليس في وسعه فصل الحمل من الام **قوله** ومن باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبايع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمرته لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبايع الا ما شرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال وان كان خلقة فيه اشارة الى ان الاعتبار لشان الحال والمآل الاول لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبايع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيتوقف تفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع قوله وقال الشافعي رح يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يقطعون القطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقط وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها الموجب مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا قوله التسليم المعتاد هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره التسليم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض لا مجانا فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي ولا فرق بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في كونه

هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبايع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين

فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

واما اذا بيعت

واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل

للبايع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري ووجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار وقوله واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع الا ان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا تعفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان ح يعني بعض الشارحين بتشديد النون هذا بناء على اختلاف في جواز بيعه يعني فمن جوز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا والمشافر جمع مشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل بكسر الميم وسكون النون ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قوله** ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربع الاول بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها او منها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحقوق في العادة لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر اما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح

قال ومن باع

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع
وكذا بيع الزرع

لا يدخل الا بالتصريح به قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز ان بدا صلاحها فصلاحها للانتفاع بني ادم او علف الدواب او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح رواية ودراية اما الاول فلما اشار اليه محمد رح في باب العشر ولو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جايزا في اول ما طلع لما وجب العشر على المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث انه مؤول اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله عليه السلام ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا قال اشتريته على ان اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير او ان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه

وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها

لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم هو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اجارتها واعارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم يتناه في عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رح فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى في الارض والشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في شرط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا اشتراط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة زيادة في الجسم فان الثمرة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بعد ذلك شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف لانه لم يجر فيما بين الناس استيجار الاشجار لعدم الحاجة

وان اشتريها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها

الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فتطيب له الفضل فان قيل لا نم بقاء الاذن فانه يثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كما لو كانت الثابتة في ضمن الرهن يبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق و لو اشترى الثمار مطلقا من القطع والترك على النخيل وتركها و اثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يفسد قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التميز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له وهذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني رح يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل

ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التميز ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصيل الزيادة على ملكه

قال ولا يجوز

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رح

ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رح انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعده تبعا ولهذا اشترط ان يكون الخارج اكثر قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا احدث شيء قبل القبض واذا احدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا احدث قبل القبض ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة على ملكه و لهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع الثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك ولم يتبين ان مراده الثمر على رؤس النخيل او الثمر المجذوذ وذكر في بعض فوايد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما في المجذوذ فيجوز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها لا يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا لا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء استدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول و المجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة ثم هي تحكيه قال المصنف قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الكرخي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك ولا تكون مانعة واجيب بانا لا نم انها ليست كذلك فربما كان البايع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو ادنى الثمر فيفضي النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر

بجواز

قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي رح اما على ظاهر الرواية ينبغي ان لا يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد

الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين لبشر اما هذا اصوله ارطالا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخ اما ان يكون يبقى شيء بعد الاستثناء اولا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما مستلزما ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الغرض ذلك لجواز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المآل واما في الحال فلا يوقف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست بمفضية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه كما في بيع اطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز

اقراد

وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

افراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله بمائة درهم على ان لي هذه الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذه العبيد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يشترط جهالة الا في المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا في الحبوب كالحنطة والباقلاء والارز والسمسم

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة

وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف وقوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتوزيره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشره حب منتفع به ومن اكل البقلاء يشهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها كما قال انتفع قدروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير وبيع كونه مالا متقوما ينتفع به وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه اشار ابو يوسف قوله ومن باع دارا الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو المغلاق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها

ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل

ومن باع دارا

ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية

للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب ان الداخل في الداخل في شيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك والقفل مع مفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لم يدخل قوله واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة والموزون موازنة او المعدود معادة احتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده ووجه الثاني ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قوله ومن باع

وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين ولا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

بيع السلعة معجلا اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا يحضره للمشتري ان يمنعه تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

قوله خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم به ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي وعند ابي يوسف ومحمد جائز سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام

ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن

وجه قول ابي حنيفة رح في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري انه كان يغبن في البياعات لمأمومة اصابت رأسه فقال رسول الله عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري ولما عدى يتم فيمن له الخيار فليقعد في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط وهو مساس الحاجة فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرور يتحقق بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر ان النبي عليه السلام اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رض سلمناه لكن المذكور في حديث ابن عمر رض مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابا في الرأس وكان احوج الى الزيادة فلو جازت لكان اولى بها فعدل ان المقدر لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور ازيد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل شرط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز

ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في

الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر رح هو يقول انه انعقد فاسدا فلا
ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في
المجلس ولان الفساد

الا ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها الكن
لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلثة جاز ويجوز ان يكون من قوله
فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا
فانه لزفر رح يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا او الفاسد لا ينقلب
جائزا الا ان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين
او اشترى عبدا بالف درهم ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزايد ورطل
الخمر وكمن تزوج امراة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح
الخامسة ولابي حنيفة رح انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا رح
اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة رح فذهب العراقيون
الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع
وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف
فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد
قبل تقرره اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان
العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقط
الخيار قبل اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان العقد
لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال
المغير عاد جائزا وصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب
بعلامة الكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك
فاذا قال البائع بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار
انعقد فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس جاز وقيل ينقلب جائزا
بالاتفاق قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية
ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد
يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا
على الوجه الاول ولو اشترى على

الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال
اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد وكان
صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد
وهو البدل فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرط فامكن قال ولو اشترى
على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو
على وجوه فاما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد
الثمن ايام فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن ثلثة ايام
فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر رح ان لا يجوز
لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد
واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك بهذا الشرط ان تقيل
البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد
واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من
حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن
المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به وورد بان السلم
انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو
سكت حتى مضت المدة بطلت واجيب بان النظر في الالحاق انما هو
الى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزايد على
ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط
الخيار لنفسه ثلثة ايام فاذا لم ينقد الثمن ينفسخ العقد حتى يجوز
البيع فيها واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار
لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد رح الا بحضرة الاخر وعسى يتعذر
والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة
في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح في
تجويز الزيادة وابو يوسف رح

وأبو يوسف رح أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر وإليه مال زفر رح
وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد
أولى ولوجه الاستحسان ما بينا قال رحمه الله

ذلك فكانت الحاجة باقية وأما إذا زاد على ثلثة أيام فقد اختلفوا فيه
لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رح وجوزه محمد أما أبو حنيفة فقد مر
على أصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلثة وكذلك محمد على أصله في تجويز
الزيادة في الملحق به وأبو يوسف احتاج إلى الفرق بين الملحق والملحق به
في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف أبو يوسف
أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس وتقريره على وجهين أحدهما أن
المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله إن لم ينقد الثمن إلى
أربعة أيام والمراد بالأثر ما روي عن ابن عمر رض أنه أجاز الخيار إلى شهرين
ومعناه تركنا القياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه
والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلثة أيام بأثر
ابن عمر رض وهو ما روي أن عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط
أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلثة أيام فلا بيع بينهما وفي هذا أي في الزائد على ثلثة
أيام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله وفي هذه المسألة قياس
آخر تقدم معناه قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم
أن خيار الشرط قد يكون لأحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فإن كان
للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق
وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه
بالاتفاق وإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع و
المشتري بالاتفاق فإذا خرج المبيع من ملك البائع أو الثمن من ملك المشتري
هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة رح لا يدخل
وقالا يدخل أما دليل عدم الخروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى

فلما ذكر

٢١

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار و
لهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه المشتري بإذن البائع فلو قبضه المشتري
وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل
فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري
اعتبارا بالبيع المطلق قال رح

فلما ذكره من قوله لأن تمام هذا السبب أي العلة بالمراضاة لكون
الرضاء داخلا في حقيقة الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار لأن البيع به
تصير علة اسما ومعنى لا حكما فيمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على صاحبه
ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن
البائع فإن قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن
مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو يقول بقبض ملك البائع بإذنه فكان أمانة
في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة و
ذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها
فلا يلحقها الإجازة وهو معنى قوله لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان
موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك ولما أن المنفسخ به
مضمون بالقيمة فلأنه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة
كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الأصلي الثابت في العقد
في القيميات هو القيمة وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا
ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الأصلي في مدة
الخيار وأما إذا هلك بعد ما يلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذاك
وتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري
كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم
في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروجه
عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه
أن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له
دون الآخر أما أن البدل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل

فيضمن مثله إذا لم يكن مثليا وإن كان مثليا فيضمن مثله إذا هلك المبيع في يد البائع ... الحكم في الفاسد كذلك ... المسلمين ... التصرفات الصحيحة دون الفاسدة

قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن
الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر قال إلا أنه رح

قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زايلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيه فيقف على المصلحة فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر

في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رح فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زايلا لا الى مالك يعني سايبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض **قوله** فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذلك اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم انفا والمراد عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التفريع لبيان الفرق ووجهه ان البيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن

قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف **قال** ومن اشترى

بما اذا كان الخيار للبايع والمبيع هلك في يد المشتري يجب القيمة لان الخيار اذا كان للبايع يتمكن من الرد بعد ما تعيب في يد المشتري وانما يجب القيمة على المشتري

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا وهذه

مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزمه الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبايع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبايع لانه فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطئها له ان يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطء فاما اذا انقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشاء العتق بعد اشترائه بالخيار يعتق ويسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية بعد وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق

ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان الحيض

ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة
في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له خلافا لهما

ومنها اذا قبض

وفيه بطل الانشاء للعتق لا من الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة
اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا
يجزاء بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا
يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما
ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس
ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا
واستحسانا واجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء
واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا
ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده
قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى
منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون المراد
كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط
الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان
قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقرير
كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار
وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما احتجنا الى احد التاويلين
لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط
الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل
خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية
في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن
البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها

اي في مدة الخيار او بعدها فيهلك على البائع عنده لانه لم يملك المشتري عنده فهلك على البائع فهلك المبيع قبل القبض

ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة يهلك من مال
البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك

ومنها لو كان المشتري عبدا

ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لان الرد امتناع
عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض
وهو ليس من اهله ومنها اذا

يهلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك
المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع
وعندهما لما ملك المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه
في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة
بقي خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من
اهله فان قيل اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فكيف صح ابراء
البائع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء و
جوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا
اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل
الخيار والبيع ووجه ذلك في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم
يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع
بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختار المشتري صار له وان رد
صار الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما قوله ومن شرط له
الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي
لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل
بثلثة اشياء بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما
سنذكره فيكون العقد به نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا
كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه
على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون
حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان تصرف البائع في مدة
الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطئها

ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا او خنزيرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه
ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة
الخيار وله ان يجيز

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كني بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع

او قبلها او ان يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الاخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البايع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الاخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي لابي يوسف رح ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الاخر ووقع ذلك بعدم اشتراط الرضا، وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غايبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبايع فلعله فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه ولا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الاخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضى لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالزام على العلم

ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا النوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

ولا نقول انه مسلط

ولا نقول انه مسلط وكيف نقول ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

لا على الرضا وكونه لا بد منه في المبايعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفذ بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به من حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زايد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل على الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه او لانه لا ضرر فيه لان الايجاب حصل منه ولو راى ضررا لما اقدم عليه او لانه غير زايد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زايد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على شبهه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان لم تعلم لانه

قال وان مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب

كي الرضا والاجازة

لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف ضرر المذكور في خيار الشرط فانه زايد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الاخر فلا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كني الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البايع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رح اذا مات من له الخيار ينتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشية وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما قرر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم البيع بل الاصل عدمه

جواب لا يقال

ولهى

بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار

قال ومن اشترى

وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار بل فيه والصواب ان يقال النوض الاصلي من انتقال الاعيان مالكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل العيب ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه يثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم جزء الفايت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البايع بتسليمه وعجز عن تسليمه فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل

جواب لا يقال

وهو الشرط

قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على المشتري ولنا ان الخيار

بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع فهو مجهول فيثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا يرى ان المورث كان له ان يفسخ وكان خياره موقتا والوارث ليس له فسخ وليس خياره بموقت قوله

ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري والبائع وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر رح لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المشروع شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلثة رحمهم الله استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضي ادنى منزلة من المقتضى الا يرى ان من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من نوع التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لغيره ولا ضمنا والعاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير

لو جاز

ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيتقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول

لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه وكان التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لغيره وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل في التزام المطالبة والمذكور ههنا وجوب الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لغيره وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ما دون المبسوط يعتبر تصرف الفاسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه قول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يقدم على غيره وتحقيقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب

ووجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النايب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني ان الفسخ
اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجح جانب
التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابو يوسف رح واستخرج ح

قال قيل ابو يوسف يعتبرهما استخرج من هذا ان تصرف الفاسخ

بان الترجيح محتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما
اذا اتحدا في مطلوب حصل بدونه فلا حاجة اليه ووجه قول الثاني
ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع يهلك عند
البايع والمفسوخ لا تلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع
عند البايع لا يلحقه الاجازة ولا صفا فيه قوة ما يطرا على غيره فتزلزله
اما ليس كذلك ونوقض بما اذا افتى من له الخيار بغيره فيتناقضا
البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البايع بحكم الاقالة فان
على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبايع وكان ذلك
فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة
لا تلحق المفسوخ فيما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد و
الثاني قول ابا يوسف قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك
كل واحد منهما التصرف رجحنا جانب التصرف اشارة الى ذلك يعني
لما كان كل واحد منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك
والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف
فرجحنا من حيث حال التصرف لا بحال الفسخ والاجازة من توابع
الخيار وكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار وكان القياس ترجيح
تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك قوله
واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج
مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه
تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما
بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف

واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً فمحمد رح يعتبر فيه تصرف
الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما قال ومن باع ح

قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما
بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه ح

الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ
اقوى عند ابا يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك
كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسئلة بيع الموكل
والوكيل بكون العبد مشتركا بين الشريكين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان
هناك لتصرف المالك لملكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ
في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا جانب التصرف
وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان لعدم ما وان المالك
مع تصرف غير المالك فعملنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه
لان عدم رجحان تصرف المالك لملكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ
هنا ولا يدل عليه نعم يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه
الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان بعجال الوكيل من الموكل هناك
بمنزلة الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية
من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك
ترجيح تصرف المالك من ابا يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى
احوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه و
الفسخ اقوى لما ذكرنا قوله ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة
على اربعة اوجه لان تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا
او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس مع ذلك
فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما
ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالتهما
اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار

قوله لان عدم رجحان تصرف المالك اقول حاصله انه لا يدل على عدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحنا ولكنه لا تدل على الترتيب

قوله لان فيها تفصيل الثمن اقول والسلب في تصور الايجاب

والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصّل الثمن ولا يعيّن الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع شرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصّل الثمن ويعيّن الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب

وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قنّ ومدبّر للعقد والمكاتب الخ

لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهذا شرط مفسد كقبول الحرّ في عقد القنّ اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قنّ ومدبّر في البيع فان المدبّر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حرّ وقنّ فان الحرّ ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنّة فضل تامّل منك فاحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر لفسد في القنّ اذا جمع بينه وبين المدبّر او امّ الولد ولم يفصّل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادّى الى البيع بالحصّة ابتداء فيما اذا امتنع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصّة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القنّ والمدبّر ما يمنع عن

والثالث ان يفصّل ولا يعيّن والرابع ان يعيّن ولا يفصّل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن

انعقاده

ومن اشترى

ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلاثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الخ

انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق المحترم عند فسخ العقد على المدبّر وامّ الولد لا ابتداء بالحصّة قوله ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على اني آخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلثة واذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساده في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير معيّن فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط مجاز الى قابه وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان بالخيار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نسلّم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبدّ بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديّ فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام العلة واعلم ان محمدا رح ذكر هذه المسئلة

غير ان بهذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة
في الثلاثة لتعين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة
وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل شرط ان يكون في هذا العقد خيار
الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا

وان لم يذكر

في الجامع الصغير في الماذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة رح وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا اشتراطا وهو اختيار فخر الاسلام رح وجه الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق ووجه الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير المعين من غير توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفة رح وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به قال قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة

وان لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا

حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لان المعيب ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيين اضطرارا دلالة قال قيل قبض الآخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة المبيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احدى عبديه فمات احدهما فان الباقي يتعين للطلاق دون الهالك وكذلك العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقت على الايام فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه تعين البيع فيه ولزمه وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلثة بطل خيار الشرط

قوله فكان التعيين اضطرارا دلالة اقول فيه بحث

وكونهلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط
له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط
ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى الخ

ويثبت للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط
فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه
بملك الغير فان قيل هل بعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كانه
اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبايع فان الكرخي رح ذكر في
مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار محمد في المأذون لان
هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البايع قياسا على خيار
الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جوز
بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من
يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البايع لانه لا حاجة له
الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البايع
الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد رح لا في بيوع الاصل ولا في جامع الصغير
وتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والاخر امانة والتركيب الدال
على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف نسخ
الجامع الصغير كما ذكره المص ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا
يحتاج الى مقدرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز واختاره فخر الاسلام
وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال
اشترى ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في
قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان
يخرج من احدهما قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل
اشترى دارا بخيار الشرط فبيع دار اخرى بجنبها في مدة الخيار
فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار لان اخذه

يطلب

قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان
طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما يثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن
ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا
التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة واذا اشترى الخ

بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب
الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة
الملك واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط
الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع
الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب
ابي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد
منه لاستحقاق الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع
ضرر الجار في دار يريد ردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري
فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه
صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة كالماذون
المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما
يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان
الخيار للبايع لان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا
لم يرها فبيعت بجنبها دار اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية
لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكيف بدلالته وسيأتي بيانه
قوله واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان عبدا على انهما
بالخيار ثلثة ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس لاحدهما ان يرده عند
ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ورضي احدهما
بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات
الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار

واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع

لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البايع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا بمهاياة والخيار يثبت نظرا لمن ثبت له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزايد لان في امتناع الرد ضررا للراد ايضا لكن ذلك لم يكن من الغير بل لعجزه عن ايجاد شرط الرد كما كان في الاول فان الضرر الحاصل من الغير افظع والجمع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي منه بتعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضا به في ملكه لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البايع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البايع ليس له ان يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد احدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما قوله ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن ورده اذا لم يمتنع

وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زايد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا

قال المص فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة اقول لقايل ان يقول اذا رد احدهما فليس للآخر ان يرضى وما الذي يترجح به جهة الرضا على الرد

قوله وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر اقول فيه ان ذلك ايضا فيه من ابطال حق الآخر

قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد اقول ان اراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وان اراد تفرقه بين البايع والراضي فلا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري

ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذ بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البايع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فيسقط التفاوت بينهما فيرجع عليه بذلك المقدار قوله لان هذا الوصف مرغوب فيه وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن او المثمن كان ملايما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي رح سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البايع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يامر بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي الذي يكون من فوات الوصف المرغوب فيه صار راجعا الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة

قوله ليس في وسع البايع اقول لا يظهر فائدة هذا القيد ههنا

باب خيار الرؤية قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم

على اثباتها فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان فيما يوجب التفاوت المتفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية فيفسد العقد وان كان فيما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري رح من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذه وصفها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي رح لا يجوز وكذلك العين الغايب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غيره ما يشتمل والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اي بالاجماع قال الشافعي رح المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه فهو نص في الباب فلا يترك الا بمعارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عم لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرأى للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا

ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث

عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث قال حكيم بن حزام رض قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه و المعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثم بمقتضى خياره وانما افضت اليها لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به وصار ذلك الجهالة كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد وكذلك ما هو طريق الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم لا يجوز عند ترك الوصف لافضائه الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله وكذا اذا قال تفريع على مسئلة القدوري رح يعني ان له الخيار اذا لم يقل رضيت وكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب عن سوال تقريره لو لم يكن له الخيار

وكان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت **قال** ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وبهذا الا ان لزوم العقد

قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع متبرما فجاز فسخه لو كان فيه الا يرى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار الاشتراط والاشترا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى ~~العقد باعتبار الخيار فهو لازم الخيار~~ الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى البطلانه كما تراه وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا الملزوم لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضا بالشيء جواب اخر وتحقيقه ان الامضا بالرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لان عدم الرضا للاستقباح واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه واستغلائه فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار الحق **قال** ومن باع ما لم يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد المبيع

وبهذا الا ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال **و**وجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رض باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره **و**قيل لعثمان رض انك غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة **و**كان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ثم خيار الرؤية

معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وبهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا اي من جهة البيع وثبوتا اي من جهة الشرا وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه كما تقدم **فان قيل** البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة **اجيب** بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان بظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق **قيل** المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار من قبل من البائع **و**اجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على خلاف الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رض ولم ينكره احد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فيبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة رح حين بلغه الحديث **قال** ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله

يعني لا يثبت الخيار في غير الشراء

قوله ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا متعلق فلا يثبت دونه لانه الخيار ان ثبت للبائع اما ان يثبت بما روينا او بدلالته او بحديث اخر لا يجوز الاول لانه متعلق بالشراء وكيف في البيع ولم يوجد حديث اخر في البيع وهو ليس في معنى الشراء فيثبت الحكم به بدلالته لان المشتري ظنه خيرا مما اشترى فيرده بفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو سليم فانه لا يثبت للبائع الخيار كفاية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف
يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل

لانه يثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا،
ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ولم
يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار
اذا فعل في المبيع ما يحتاج به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل
الاختيار والا يبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة
بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يحتاج به اول مرة فات فائدة
الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يحتاج به او يحتاج به لكنه لا يحل
في غير الملك بحال او يحتاج به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية
كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار
فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يحتاج به ويحل في غير الملك في الجملة
فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك
لعدم الحاجة اليه لحصول الامتحان بالاول ولو وطئها بطل خياره لانه
وان كان مما يحتاج به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل
الوطء في غير الملك فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان
احديهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة
لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية انه اذا
عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية
والمسئلتان في فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيها هو ان خيار
الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا
بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل
الرضى فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع

والحق

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله
قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا

والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب
او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون
تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا
منها فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين
تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله
بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي
يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط
للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك
وملك المتصرف في العين قائم فصادف محله ونفذ وبعد نفوذه لا يحتمل
الفسخ والرفع فيتعذر الفسخ ويبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق
حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت
مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد
وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية
مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات اما ان
تكون بصريح الرضا او بدلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل
الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم
النص وهذه التصرفات لصدورها من اهلها مضافة الى محلها انعقدت
صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان
دلالة الرضى لا تزيد على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر وهي هنا
هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها
مع انتفاء اللازم محال واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل
في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في المبيع اشياء
فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان
الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحادها
كالثياب والدواب لا بد من رؤية
كل واحد منها والجوز والبيض ح

فان قال المشتري لم اجد المبيع على تلك الصفة وقال البائع بل وجدته فالقول للبائع والبينة للمشتري

لا يشترط الخيار لنفسه والمراد به من غير تسليم لا يبطل الخيار
قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا
لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى يعني اذا لم يكن من ضرورات التصرف ويبطله
بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال ومن نظر الى وجه الصبرة اي
اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني
اما ان يكون متفاوت الآحاد او لا فذلك اقسام ثلثة فان كان الاول
فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد يكون
متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما
وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ
العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير
الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر
وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار
ثوبه بالنشر والطي فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب
اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض
والجوز فيما ذكره الكرخي رح فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض
لا يعرف الباقي للتفاوت في آحاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما اليه المص تكتفى برؤية
واحد منها لان رؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم
التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى منها فعلى هذا
اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج
والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما كان

والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت
هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر
الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل
في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره

وشرط بعضهم

وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان
المقصود هو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك
هو المعرف للمقصود قال واذا رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى اشجار
البستان من خارج او رأى خارج الدار
وعند زفر رح لا بد من الدخول
في داخل البيوت والاصح ان ح

مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود في
العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا يرى انه تتفاوت القيمة بتفاوت
الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة
بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف رح
وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل
والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرأى ما في احدهما فان كان
ما في الآخر مثل ما رأى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن
اذا رد رد الكل لئلا يتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان يكون
للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود
اي ما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق
لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له رؤية
صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يسقط خيار
الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الجلال
من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فاكتفى
رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان
وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا
يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما
في سمرقند وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت
والاصح ان جواب الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة
او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك
يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج

والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم
فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل ح

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما سواء وله الرد برده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به فصار كخيار العيب وخيار الشرط والاسقاط قصدا فيما قبضه مستورا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه

فان اليوم يريد به دابرهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر قال ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا فعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فيهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده وقال في رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس كذلك كما ذكر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كما اذا اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبضه الوكيل معيبا لم يسقط خيار العيب للموكل وكما اذا اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه وقبضه الوكيل لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل ابي حنيفة رح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين

وبهذا الان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه وكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم

تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور قوله وبهذا اشارة الى تنوعه بنوعيه وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها بتناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد الا برضاء او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان من ذلك واذا ظهر هذا فالموكل يملك القبض بنوعيه وكل من يملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجاب المصنف رح بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب نوع اشارة الى قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من وكل من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضى او بقضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب فاقبه بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع وما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة ومن موضحات ذلك ان خيار العيب

ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع والشراء قال وبيع الاعمى

صورة المسئلة ما ذكره محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل اشترى من رجل طعاما ولم يره فوكل المشتري رجلا بقبضه فقبضه قال ليس للمشتري ان يرده الا من عيب وان ارسل المشتري رسولا بقبضه فقبضه فرآه المشتري فلم يرض فله ان يرده وقال ابو يوسف ومحمد الوكيل والرسول سواء وللمشتري ان يرده اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه وهذه من المسائل المعادة

قوله وبهذا اشارة الى تنوعه بنوعيه اقول ولعله اشارة الى كون القبض وهو يراه تاما

قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار فلا يتعدى الحكم من القبض الى ابطال الخيار لان ابطال الخيار ليس من القبض ولهذا لو كان رسولا في القبض بان قال ان فلانا يقول سلم الي ما اشتريته منك فقبضه الرسول وهو يراه لا يبطل خيار الرؤية وكذلك الوكيل بالقبض لو قبضه مستورا ثم اراد ابطال الخيار ليس له ذلك وكذلك لو كان في البيع خيار الشرط او خيار العيب لا يسقط ذلك الخيار بقبض الوكيل فكذا خيار الرؤية معراج الدراية

لا يمنعه تمام القبض ولهذا يملك الرد بالعيب بعد القبض معراج الدراية

قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس وبشمه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط

لثبوت صح المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعدما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض هكذا وكيله وقيد بالتام لأن الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فإن من تمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم

قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز بيع الأعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي رح إن كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات فهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا أنه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لأن قوله عليه السلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الإيجاب وهو إنما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فإن ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو

محجوج بها

سبب

ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلوة وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رح

سبب العلم بالمبيع فإن كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وإن كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات وأما إذا كان شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فإن خياره لا يسقط حتى يوصف له لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض الأئمة يلمس الحائط والأشجار فإذا باشر سبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقد قال رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين في حق الأمي وإجراء الموسى في حق الأقرع والأصلع وإطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري شيئا لم يره فيقول قد رضيت قال له أن يرده وإن كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده قال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما قد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها

وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى أحد الثوبين

قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل

ومن مات ح

لا يتوقف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده و لكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضى فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان قيل تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه السلام عن تفريق الصفقة قبل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح اولانه متفرع عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يتحقق ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيد تم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبايع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا له بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل

بالاستحقاق

قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به

بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفي ما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البايع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به فكان في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البايع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بها هو بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه قبل وهو لا يعلم ان المشترى ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضى به واني استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف

اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضا لان في ... فيه

وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبايع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى

وجهه انما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضى به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرضى به فكان له الخيار والوجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البايع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئته وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبايع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المشايخ وهو استثناء من قوله فالقول قول البايع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر شاهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال ارايت لو كانت جارية شابة راها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البايع انها لم تتغير كان لا يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبايع يعني اذا اختلف البايع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البايع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين قال ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا

قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه

ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها لما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره في ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوط لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن عيب لما روي ان رسول الله عليه السلام اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد

فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح باب خيار العيب

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ردّه لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض

والاصل في ثبوت الخيار بسبب العيب ان اطلاق العقد يقتضي السلامة في المعقود عليه في عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحا ثم اذا انعدم وصف السلامة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء رد كيلا يلزمه ضرر بالزام ما لم يرض به

بيع بجودة عند الاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رح المرض في الجوف والكبد والرية فان المرض ما يكون في ساير البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرية وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا التفصيل على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق البيع اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الفايت وصف اذ العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قوله في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما انتفاء ... لا يجوز ان يتخلف ... ثبت ذلك

قوله وفي ذلك كله فوات وصف ... وكون فوات الجزء فوات الوصف ... اسلفه الشارح في اوايل كتاب البيع

قوله لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل ... في الاول ... على الاصل ... وفي الثاني

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاء به **قال** وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله

وقوله ولانه لم يرض بزواله دليل اخر على عدم جواز امساكه واخذ النقصان وتقريره ان البايع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيا وعدم رضا البايع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البايع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان فان قيل البايع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البايع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البايع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو لزمه العقد مع العيب يتضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدى الحالتين رضا بالعيب دلالة **قال** وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص رح ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله **قال** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب

والاباق والبول

والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ
ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت
بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر
لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالات وهما
بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد
من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل
فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا
قال والجنون ع

الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية
او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء
فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان اختفت منه
ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب قال
فان احدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده و
يشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه او من غيره فكذلك
لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام
ويقطع يده في سرقة مال الغير فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره
الا في المأكولات للاكل فان سرقتها من مولاه ليست بعيب فاذا
وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره
فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا
اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به
لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب
قال والجنون في الصغير عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب
المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الحالتين
واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة
ثم عاوده عند المشتري في كبره ما يرده وليس معناه ان المعاودة في يد
المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام
وهو رواية المنتقى بناء على ان اثاره لا يرتفع وذلك يتبين في حاليه
عينيه لان الله تع قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل
في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل

قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في
الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط
المعاودة في يد المشتري لان الله تع قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد
قال والبخر والدفر عيب ع

قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصد قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس
بعيب في الغلام لان المقصد منه الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا
عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصد في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصد في الغلام وهو
الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له
على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة
قال والكفر ع

والجامع الكبير قال والدفر والبخر عيب في الجارية الدفر رائحة مؤذية
تجيء من الابط واما الذفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه
مسك اذفر وابط ذفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية
وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال
بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه
لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس
مثله لانه ح يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا
عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني
بطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه وليسا يخلان بالمقصود من الغلام
وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة
ويحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما
الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم تنفر عن صحبته والنفرة
عن الصحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون
عيبا ولانه يمنع صرفه في كفارة القتل بالاتفاق وفي كفارة اليمين و
الظهار عند بعض فيختل الرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده
كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده
عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشتراه معيبا
فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة من عيب
الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي
يرده به لانه فات شرط مرغوب لان الاداء بالمسلم الا يستعبد الكافر
وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب الا هذا امر راجع الى

قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فيختل
الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب
قال ولو كانت الجارية ع

قال ولو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك
بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح

الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض
بان ارتفع عنها في اقصى نهاية غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة
فيها عند ابي حنيفة رح وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت الشراء
فيما روي عن ابي يوسف او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد او سنتين
فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رح انها لم تحض لحبل بها او لداء كان ذلك
عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة
في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء ويقبل فيه قول عدلين
وقال ابو الصحيح يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى
بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم الالتفات اليها
الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض
او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد
عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك
عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت
على السلامة الحيض في اوانه والمعاودة على وجه لا تدوم فاذا جاوزت
اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم تنقطع كان
ذلك لداء في باطنها والداء عيب يعرف ذلك الارتفاع والاستمرار بقول
الامة فان انكر البائع لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها
فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله
في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة
في توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة و
شهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن

قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فيتعين
الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر الحادث

واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب
بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان
العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما
من عشر او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في
الرد اضرارا بالبائع لخروج المبيع عن ملكه سليما عن العيب الحادث وعوده اليه
معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع ولا يجوز ان
يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة
والرجوع طريق صالح للدفع فيتعين مدفعا الا ان يرضى البائع ان يأخذه
بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما ان للمشتري
ان يرضى ان يأخذه بعيبه القديم قال قيل اليس قولكم الاوصاف لا
يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول
حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما تقرر قال
ومن اشترى ثوبا فقطعه ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع
بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لان قال البائع نجز
برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري
في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول الغصب يمنع
عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان ما شرع الرجوع بالعيب
نظرا لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث ضرر للبائع لا بفعل باشره
وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري لكن يجوز بما باشره فكان ما
سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له
ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث
فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به

قال فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان
قال فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع
الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست
بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع
ان يأخذه لان الامتناع لحق
الشرع لا لحقه قال فان باعه بعد

لطيفة قال قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما
شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب
عند ابي حنيفة رح اجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة
للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيجعل يعني قيام المبيع
فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول
البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضاء البائع فاذا المشتري يصير
بالبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع
واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت
السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع
بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه
معها ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني
فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع
لسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان يقول انا اخذه
فيتعين الرجوع بالعيب دفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة
من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد
في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة فيها تمحضت تبعا للاصل باعتبار
التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة
او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة
المتولدة كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة
كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد
والثمر تمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن

طرق

قال فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا
للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع
بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه
قال ومن اشترى ع

طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة فتسلم للمشتري مجانا بخلاف
بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من
المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن
الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له
مجانا فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة
او السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد
كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع
قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه
على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان
العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع
فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري
متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع
قلنا ان من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على
عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه
لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت
يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان
وللبائع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير و
هو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع
بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج
اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان
العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي

قال وان الخ

امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة في التمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وبهذه نظائرها اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت قال ومن اشترى عبدا فاعتقه الخ اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي يتم وكلما انتهى عقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشتري بالحبس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه حينئذ يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل في فعله بوجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده حبسه وهو يمنع الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهى الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للتملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهى كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا يرى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق

قال وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض

قال وان قتل الخ

قال وان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور في المتن ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه ظاهر الرواية ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا

واما الاكل الخ

لان النقل الى ملك البائع تعذر بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكون كالاعتاق وهو منهي دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرر الملك فجعل كانه باق وهنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فيعتد بدلالة القصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عنه الضمان فلم يصر به مستفيدا فمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند

واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع

قال ان اكل بعض الطعام الخ

فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابى حنيفة رح لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان العيب فى الكل وعنهما انه يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى

عند ابى حنيفة رح لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعن ابى يوسف ومحمد رح روايتان فى رواية يرجع بنقصان العيب فى الكل لان الطعام فى حكم شئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفى رواية يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد فى البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفى بيع البعض عنهما روايتان فى احديهما لا يرجع بشئ كما هو قول ابى حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفى الاخرى يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال

ومن اشترى بيضا او بطيخا اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره فوجد عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او خاويا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولا يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما فى الحال او فى المآل والمذكور ليس كذلك وتبطل من العقود باضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح فى البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة فى موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا فى القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون

قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به

وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعى رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع

القشر وان كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا ان كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان ماليته بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وهو فيه واذا كان مما ينتفع به فى الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعى رح يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا فى ملك المشترى وذلك يهدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه يهدر او لو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالثنتين فى المائة او كثيرا كما فوقه ففى الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز فى العادة لا يخلو عن هذا وفى الثانى لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن قال ومن باع عبدا فباعه المشترى

ومن باع عبدا فباعه المشترى ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضى او بغير قضائه فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضاء فى هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشترى الاقرار بالعيب والمشترى انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل رد عليه باقراره بالعيب وح ليس له ان يرده على بايعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفى كل ذلك له ان يرده على بايعه

قال ومن باع عبدا فباعه المشترى ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضى باقرار او ببينة او باباء يمين له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل كان لم يكن على ما الاقرار

غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء، ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود هنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع

لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قايم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زوعما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البايع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر بان البايع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البايع بالثمن قوله وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البايع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرتد الاخر وان كان الثاني فليس له ان يرده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط وبخيار الرؤية وقوله في نذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بايعه للتيقن بوجوده في يد البايع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة يعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البايع الاول

وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا يبين ان الجواب فيما يحدث وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرده للتيقن بقيام العيب عند البايع الاول

قال ومن اشترى عبدا فلا يعود

بسم الله الرحمن الرحيم

قال صاحب الهداية في البداية من اشترى عبدا فيدا فنقد كذا اكثر فبود هذا
الفن فقبضه فادعى عيبا ولو عطف بالواو لكان اولى لعموم الجواب صورتي التعقيب
والتراخي لم يجبر على دفع الثمن نظرا الى ثبوت الموجب وهو العقد لوجود المعارض وهو
ادعاء العيب ومن ههنا ظهر وجه تقديم التحليف على اقامة البينة حتى يحلف البايع
من التحليف لا من الحلف لان المؤثر في الجبر هو الاول لا الثاني تامل او يقيم المشترى بينة
وضع المظهر موضع المضمر لئلا يتوهم العود الى القريب اعلم انه قد استشكل هذا الكلام بان العطف
يقتضي كون اقامة البينة غاية لعدم الجبر كالتحليف وليس كذلك لان عدم الجبر لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر
ودفعوه بتسعة اوجه الاول ان يجعل الكلام من باب علفتها تبنا وماء باردا اقول لا يجوز جعله
منه والا يقدر بعد العاطف فعل مع ضميره المرفوع والمنصوب لانه المراد من باب علفتها على ما صرح به ابن هشام
وهو غير صحيح ههنا وان قدر شيء في جانب المغيا وقيل لم يجبر على دفع الثمن ولم يرد المبيع مثلا يكون الكلام
من باب لا ينفع نفسا ايمانها اي من باب حذف المعطوف مع العاطف اذ الآية منه على تاويل ابن عطية و
ابن الحاجب والظاهر ان مراد المجيب هذا لكن غلط في تعيين بابه والثاني ان يجعل الغاية حقيقة ظهور وجه الحكم العام للغاية
اقول هذا لا يدفع شيئا من الاشكال لان ظهور وجه الحكم ليس بغاية لعدم الجبر على اطلاقه بل باعتبار تحققه في ضمن احد فرديه
هو التحليف اللهم الا ان يؤول عدم الجبر بامر عام ايضا الثالث ان يجعل عدم الجبر كناية عن الانتظار ورد ذلك بان اللازم
لعدم الجبر هو الانتظار المختص بالجبر على دفع الثمن لا الانتظار العام حتى يحصل المرام اقول فيه بحث اما اولا فلان المعتبر في بابي
المجاز والكناية عند اهل البيان هو اللزوم في الجملة فيصح الكناية عن الانتظار المطلق واما ثانيا فلان الانتظار المختص بالجبر ينقطع
بالتحليف لان الانتظار على وجود شيء كما ينقطع عند حصوله ينقطع عند الياس عنه ايضا والرابع ان الاشكال انما نشأ بالنظر
الى المفهوم وهو ليس بلازم للكلام اقول فيه نظر لان الاشكال تام بالنظر الى المنطوق اذ هو انتهاء عدم الاجبار عند احد
الامرين من التحليف واقامة البينة ولم يثبته عند الثاني ومن العجب ان الفاضل الشهير بيعقوب باشا اعترض بهذا الوجه
على الوجه الثالث بناء على فهم مراد الشيخ الاكمل من سوق كلامه هذا خطأ نشأ من ذكر اللزوم في الثالث اثباتا وفي هذا
عقيبه نفيا والخامس ان يجعل العطف عطفا على المغيا لا على الغاية اقول لا يوجد بين المعطوفين حسن تقابل ولهذا يأبى عنه
الذوق السليم والسادس جعل المغيا مقيدا بشرط الوجوب فينتهي بالنسبة الى التحليف بارتفاع عدم الجبر وبالنسبة
الى اقامة البينة بارتفاع الوجوب اقول ونقائل بعد الاغماض عن بعده عن المراد هو تاخير الجبر الى الغاية ثم ايقاعه
ان يقول صح عند اقامة البينة قولنا الجبر على دفع الثمن الواحد منتف والا لصدق نقيضه فيلزم الجبر وهو باطل
فظهر ان المغيا لم ينقطع باقامة البينة والسابع ان يقدر بعد قوله او يقيم المشترى بينة شيء مثل فيستمر عدم الجبر
اقول صحته يتوقف على اعمال في المعطوف عليه وصاحب التوجيه ساكت عنه والثامن جعل المغيا نفس عدم الجبر
لا العدم نفسه لا ينتهي الى اقامة البينة واحتمالها العقول وارد اقول فيه بحث لان اقامة البينة انما يتحقق بالقبول
لا بمجرد احضار الشهود ولو سلم لكن مقابلة التحليف تقتضي ان يكون المراد ههنا ما قلنا فظهر عدم انتهاء المغيا
باقامة البينة والتاسع ان يجعل او بمعنى الى غاية للتحليف ورد بانه مشروط بان لا يكون قبلها فعل منصوب والشرط ههنا
منتف اقول ذكر صاحب المغني يجيء او بمعنى الى بلا شرط ولقائل ان يقول تعيينه التحليف باقامة البينة غير صحيح اذ يصير
المعنى يحلف المدعى عليه حتى يقيم المدعي بينة وذا غير مستقيم وقد تم ما جاء به الصدور وما امسك به السطور ولكن عند
الحقير وجوه اخر ليست بابعد مما ارتضاه العقول ولا بارد مما اجتباه الفحول احدها حمل كلمة او على الاضراب
كما في قول الجرير كانوا ثمانين او زادوا ثمانية فالمعنى لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشترى بينة فيظهر
وجه تاخير اقامة البينة في الذكر وثانيها حملها على الاستثناء كما في قولهم لالزمنك او تعطيني او يسلم ويجعل الاستثناء متعلقا بالمفهوم
اي يجبر على دفع الثمن عند التحليف الا ان يقيم بينة لان اقامة البينة عقيب التحليف يرفع الجبر وثالثها اخذ دفع الثمن
مطلقا سواء كان مستقلا منفردا كما في صورة التحليف او بدلا تابعا لغيره كما في صورة البينة فالتقدير لم يجبر
على دفع الثمن لا منفردا ولا بدلا حتى يحلف البايع او يقيم المشترى بينة ورابعها حمل حتى على التعليل كما في قوله تعالى
ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم فالمعنى لم يجبر على دفع الثمن كي يحلف البايع او يقيم المشترى بينة فالآل كي يظهر الحق
باجزائها وخامسها حملها على الابتداء كما في قول حسان رضه يغشون حتى ما تهر كلابهم ولا يسألون عن السواد المقبل ولا يكتفيا

قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة
لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولاً ليتعين حقه بازاء تعين
المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه

فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه قال ومن اشترى
عبداً فقبضه فادعى عيباً ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر
على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع
دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء بدفع الثمن او المبيع
واستشكل بهذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار احد امرين يمين البائع
او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار
وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار
لا ينتهي به واجابوا بوجه بانه من باب علفتها تبناً وماءً بارداً تقديره
وسقيتها ماءً بارداً وبان يجعل الكلام متضمناً للفظ عام يندرج تحته
الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار
او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم في الاحكام
وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل
في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني
اي ومن لم يشرب به وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم
وارادة الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم
الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم
الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه
بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان
وجوب دفع الثمن اولاً ليس الا ليتعين حق البائع بازاء المبيع بحيث
انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علة وجوب دفع
الثمن اولاً وفي انكار العلة انكار المعلول فانتفى خصمها فلا يدفع من جهة

قال فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البايع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى ع

وهي اما بينة او يمين البايع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب وجوب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله ولانه لو قضى بالدفع دليل اخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا للقضاء عن النقض فانه ان قضى بالدفع ولعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال

فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبايع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المص بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو بسبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقوفان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والاخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي انما قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البايع فنكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة

عند ابي حنيفة

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البايع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبايع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه الا ان يدعي الرضاء او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البايع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدعي بل منكر اذا ادعى العيب في يد البايع والثاني ان سلامة الذمم عن الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على اخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويامر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البايع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري

فاذا اقام ها يحلف بالله لقد باعه وسلّمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد
عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله
لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم
وهو موجب للرد والاول ذهول عنه
والثاني يوهم تعلقه بالشرطين
فيتاوله بالبيع عنه قيامه وقت
التسليم دون البيع ولو لم تجد

الا احيا حجة ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته
بالتوقف على اثاره والالم يتوقف بالاثار امكن التوقف بالرجوع الى الاطباء
والقوابل واذا ظهر هذا واذا اقام المشتري البينة حلف البائع
على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في
المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله
ماله حق الرد عليك من الوجه الذي تدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا
يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل
التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر
المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه
يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل
التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فنفي
وجوده في احدهما يكون بارّا لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر
المشتري وانما قال يوهم تعلقه تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تاويل
البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة
ذكر بهذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري بتقديم
اذا استحلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي
الاول لان البائع نفى العيب عند البيع والتسليم فلا يكون في يمينه
بارّا اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل
ان يقول في عبارة المص تسامح لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله
وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح ما دام لم يكن صحيحا

كان

ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما
واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام
العيب فاذا نكل عن اليمين عندهما يحلف
يمينه للرد على الوجه الذي قدمناه
قال رض اذا كان الدعوى

كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على
الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على
فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب ان الاستحلاف على
فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل
التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له
بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك
فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع
بالله ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما
واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره
الطحاوي وهو مختار المص وقيل لا خلاف في هذه المسألة لهما
ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها البينة
يترتب عليها التحليف بالاستواء ولابي حنيفة على قول من يقول لا يحلف
على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من
خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة
الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب
عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف
والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على لا دعوى
فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والحق ان التحليف شرع لقطع
الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وان لا يكون المشتري ههنا خصما
الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا
فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما

وجه قول ابي حنيفة رحمه الله في ان البائع لا يستحلف على العيب عند المشتري ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى ولا دعوى له على البائع الا بعد ثبوت العيب عنده واذا بطل الدعوى بطل الاستحلاف والحاصل ان صحة الدعوى متعلقة بثبوت العيب وثبوت العيب متعلق بالدعوى فلا يتصور لا الدعوى ولا ثبوت العيب في حق البائع وهذا اذا كان عيبا لا يثبت عند الخصومة

قال رضي الله عنه اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر
لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه
واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما في الغصب وكذا لو
اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا
في المقبوض لما بينا قال ومن وجد

يحلف ثانيا للرد على البتات على ما تقدم قال المص رح ان كان الدعوى في
اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب
رده بعد البلوغ كما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع
لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر
ومثل هذا الاباق لا يوجب فهو موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا
عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به قال
ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان
الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البائع تخصيص الثمن على تقدير
الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها
فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه
قول القابض لانه اعرف بالمقبوض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب
والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال
الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا
اتفقا في مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع
جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت
الا احدهما فالقول قول المشتري لما بينا ان الاختلاف في مقدار المقبوض
والقول قول القابض بل هذا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة
على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما قال
ومن اشترى عبدين صفقة واحدة رجل قال لآخر بعتك هذين
العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما فوجد بالآخر عيبا
ليس له الا ان يرد المعيب خاصة بل يأخذهما او يردهما جميعا لان الصفقة

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يردهما
لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق
فيه كالتفريق في العقد ولو وجد الخ

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رح انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما
لان تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول
بدون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رح هو يقول فيه تفريق الصفقة
ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت
بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل
القبض وخيار الرؤية والشرط
ولنا انه الخ

تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة
حينئذ وما حينئذ تتم الصفقة بقبض بعضه لانه تتم لتوقفه على قبض
الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز كما ذكرنا
في قبيل هذا باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب
بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان
للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك
اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض منه ملك الرقبة ملك
التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال
بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا قال
ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض
عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المص
يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف رح
انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه
لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض
المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض
الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم
لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الردي بالجيد
فاشبه ما قبل القبض كما في دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط
ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعد التمام جائز
بخلاف خيار الرؤية والشرط على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع
خيار الصفقة لا تتم بالقبض فيهما

ولنا انه تفريق بعد تمام الصفقة لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به
على ما مر ولو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر
قال ومن اشترى شيئا الخ

قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر

ولو استحق بعضه

خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لان المشترى عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بنظام العقد وتحرز البائع انما يلزم من تدليسه فلا يلزم المشترى لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضها ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري رحمه الله معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة واما في قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثوبين قد الف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة وقوله وهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشترى ان يرد الاخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام **قال** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في ساير الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او وعائين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة العبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد سماوكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد كالكر والقفيز ونحوهما واما الثاني فلان المالية والتقوم فيها باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل

رؤيته

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار

رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشئ الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد جزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشترى وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زايد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في ثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احد الروايتين عن ابي حنيفة رح ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لا فيها في المالية سواء او الانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا ويميزه ليرده لان تميز المعيب من غير معيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب زائد فلم يبق الا رد الكل واما قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال مقدر تقديره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك

وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل
والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء لان ذلك
دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا للخيار
وان ركبها ليردها

الا ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما
يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري فاستحق
بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب
عيب لانه يضر في المالية والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق
عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المص بقوله
وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع
حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون
فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبيه بكلام المص رح
تجد حكم العيب والاستحقاق سيأتي قبل القبض في جميع الصور
اعني فيما يكال ويوزن او غيرهما اما العيب فظ واما الاستحقاق
فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة
قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه
ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له الا رد الآخر وقال في المكيل
والموزون رده كله او اخذه ورداه بعد القبض ثم قال ولو استحق
البعض لا خيار له في رد ما بقي **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها
قرحا فداواها اي المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة
في حاجته يتضمن رضاء بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان
المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو العيب شرط
التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في امور
الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر
لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته

بخلاف

وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد
والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف
في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لعدم ما ذكرناه فيكون رضا **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم
يعلم به فقطع عند المشتري له ان
يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح
وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا
الى غير سارق وعلى هذا الخلاف

بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا
وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا
اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له بد او لا لان الركوب اضبط للدابة
وهو احفظ لها من حدوث عيب آخر واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم
يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي لضعف او كبر
او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون
العلف في عدلين وركب كان الركوب رضاء لان حمله ح ممكن بدون الركوب
قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا
قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده
فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة رح
وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان
الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا يرى انه
لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون المالية باقية فينفذ العقد
فيه لانه يعتمد المالية لكنه متعيب لان مباح الدم او الدم لا يشتري كالسالم لانه
اشد من المريض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد
يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظ واما في
صورة القطع فلان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان
كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان
كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت
في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما
لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع
بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها
حاملا الى غير حامل

ولكن السبب الوجوب في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق الخ

ان سبب الوجوب في يد البايع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما لو استحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد ورده وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرد على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة رح فالمشتري يرجع على البايع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت هو المرض الضعيف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما بسبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزم فكان يخفي علة العلة وهي قايم مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها هي مستحقة واما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لا يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا يهلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطاء كان الدية لورثته دون من له القصاص

قال ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البايع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند ابي حنيفة لا يرده الا برضاء البايع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البايع كذلك وان لا يقبل

قال لم يقبل

ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما فعندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البايع فبثلثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب ولو سرق

فان لم يقبل يرجع المشتري على البايع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع على البايع فيتقسم النصف عليهما نصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البايع لرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البايع فقبله البايع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هيهنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى ان هذا يجري مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل اما تذكر ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف هيهنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما يتنزل منزلة الشئ لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهه بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله **قال** ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البايع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جمع بايع كالحاكة جمع حايك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رح كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك الاول فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد رح في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضاء به ولا يفيد عند ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة رح

وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان علمه بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا

قال ومن باع عبدا او شرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها
وقال الشافعي رح لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في
الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح   ولنا ان الجهالة في

انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع
صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب
قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري
وقد اندفع حين علم به واشتراه قال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه
ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا
بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل
الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم
بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا
عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته
لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء
كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب
ان كونه اصح او مجمعا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد
السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل وقوله فيه نظر وهذا عيب لم
لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم
ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل
المتقدمة فاجري مجراه   قال ومن باع عبدا او شرط البراءة من كل
البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها او لا علمها البائع
او لم يعلمه وقف عليه المشتري او لم يقف اشار اليه او لا موجودا كان
عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة
وابي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية
عن ابي يوسف وقول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لا يصح البيع

وفسد الشرط

ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم
فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح
وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض
الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود
والحادث   باب البيع الفاسد

وفسد الشرط وقال الشافعي لا يصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل من عيب كذا
ومن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا يصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم
يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر
الدوانقي فقال له ابو حنيفة ارأيت لو باع جارية في ... منها عيب اكان
يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارأيت لو ان بعض حرم
امير المؤمنين باع عبدا برأسه ذكره برص اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك
وما زال حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به والشافعي يقول اذا باع بشرط
البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول اخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء
على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك
ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فرد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول
لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذا اللفظ
ويصح الابراء بأسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم
بدونه والاسقاط لا يفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت
التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط
فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري
عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله
يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في
فساده لما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تفضي الى التسليم
كما اذا باع قفيزا من صبرة فلأن لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك
والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى وجه قول محمد رح ان
البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم الحدث

باب البيع الفاسد

قال وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرمًا فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذلك إذا كان غير مملوك كالحر

قال رضـ هذه فصول

ام لا واي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف رح
يقول الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة
ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل
لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع
فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد بتنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد رح
سلمنا ولكن الغرض بان تقاصر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل
فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون
مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع
في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت
هذا العبد على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع
لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

تأخر غير الصحيح عن الصحيح لتقدمه غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد
وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه وتعدد اسبابه
والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا
وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورث في غيره كالتسليم
والتسلم الواجبين به او الانتفاع المقصود به او عدم الاطلاق عن شرط
لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا التفصيل المسائل المذكورة
في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه و
الدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء
لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيد بقوله لغة ليخرج المخنوقة

قال رضـ هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لعدم ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا الا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض
والباطل لا يفيد

وامثالها

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ
لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا
من المقبوض على سوم الشرى وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد
والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى

والفاسد يفيد

وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك
فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة
حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون
قوله فالبيع فاسد بلا استغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم
والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه
اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند البعض اهل الكفر وانما اولنا
بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها
في حق المسلمين كيلا يتمولوها لما ان ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل و
الموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يصح الا بتأويل لكنه خلاف
الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كأنه اشارة الى الفرق بين الباطل
والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد
ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في
الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح
الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون
امانة وعند بعض اي شمس الائمة السرخسي رح وهو رواية ابن سماعة
عن محمد رح انه يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء لوجود صورة العقد فيهما دون المقبوض على سوم الشراء وفيه
القيمة فكذلك فيهما والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول
اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به
فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى

مطلب والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه
وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا انشاء الله تع
وكذا بيع الميتة

وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام
الولد والمدبر على ما سنبينه ان شاء الله تع والفاسد يفيد الملك عند
اتصال القبض به اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات
فاما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون
انه لا يملك قالوا اي المشايخ ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملك
البائع القبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون
اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطي جارية اشتراها
شراء فاسدا او جاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شراء
فاسدا وحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك يطلق له لكن ليس
ذلك فالجواب انما لم يحل وطيها والاكل ولم يثبت الشفعة فيما ذكرت
لان في الاشتغال بالوطي والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة
تقرير الفساد وتاكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى
جواز التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون
الا انه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل
المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الصور المذكورة ولم يملكها وذهب
مشايخ بلخ الا ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما
اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان
ياخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها
ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم
بيعا فاسدا او قبضه المشتري ثم اعتقه جاز العتق ولو كان عتقه
على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم

وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع فاما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل
بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك
عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لان الشرع
امر باهانته وترك اعزازه وفي
تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له
وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما
المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا
بخلاف

بهذه الاحكام انه يملك العين واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل
وهو الاصح واذا كان يفيد الملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا
في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه
بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة
يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست
اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين
كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول بطل البيع لا يفيد ملك
الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد
ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال
وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز فلا يقابله
قيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك
اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا
اي يجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكر بقوله
وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انه يجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف
المامور به فيسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به و
ح يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري
الثوب يجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز
للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها
والاخلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا
بخلاف ما اذا اشترى ثوبا بخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب
دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة
الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب الخ

والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الف دخل جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان الاستحقاق عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله عليه السلام اعتقها ولدها فينتفي الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان المعلق ثابتا مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاهمال اولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية حتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة ولكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاه

قال المص وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل اقول قال الزيلعي اي لا يصح لانه ... ما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا انه يستحق في نحو هذا الباب ان البيع فيما ذكر موقوف

قوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الابطال كذا في الجامع لفخر الاسلام رحمه الله كفاية قوله لازمة في حق المولى حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة اما لا يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك ان يعجز نفسه كفاية

قوله ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك اي لو صح بيع ... ما قلنا من ... استحقاق ام الولد وانعقاد سبب ... للمدبر في الحال و... المكاتب يدا على ... لازمة في حق المولى فلم يجز بيعهم لئلا ... هذه المعاني

قوله لا يدخل عليه الابطال اقول ولد ... للخصم ...

المكاتب

ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه

المكاتب فينتفي الاخر واليه اشار بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ يبطل بيع القن المضموم اليهم كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والخروج عن المالية ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما مر قال ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فاذا اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالنفس كما في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم ماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في

قال المص وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه اقول وهو اي تضمين قيمة المدبر دون ام الولد فيه كلام ... وسيجيء في باب كتابة العبد المشترك من الاكمل وغيره ان في تقويم ام الولد روايتان عن ابي حنيفة رح

لكن أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال وبهذا الأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما ينضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وبهذا الضمان به وكذا أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في

ضمانه كالمغصوب بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لأن الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلاً للبيع اندرست بهذه الجهة فبقي قبضاً باذن المالك فلا يجب الضمان لهما أي لكل واحد من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الأموال المقبوضة على سوم الشراء

قال قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجباً للضمان وجب أن يكون في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وبهذا الضمان بالقبض وتحقيقه أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم ولابي حنيفة أن جهة البيع انما توجب الضمان في الأموال الحاقاً لها بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي أم الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة وقوله وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه أن فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز أن يكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبداً مع عبد المشتري مع المشتري فانه ينقسم الثمن على قيمتها فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في عبد البائع فكذلك هذا

قال ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو اما أن يكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الأخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لأنه باع مقدور التسليم واذا استلمها المشتري فله خيار الرؤية وان رآه في الماء لأن السمك

وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصارا كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا

قال لا يجوز بيع

قال لا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاده لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غرراً قال ولا اللبن في

يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز بيع الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها الا أن يجد الاجماع في ملكه فلا يجوز كما لو باض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو تهيئ له موضعاً لأن العسل اذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار قال ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير في الهواء على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضاً لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو أيضاً لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيخان أن باع طيراً له في الهواء ان كان داجناً يعود الى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل أي الجنين ولا نتاج الحمل وهو حبل الحبلة وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج هنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعاراً بمعنى الأنوثة فيه لأن معناه الا بيع ما سوف يحمله الجنين ان كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك

قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط
المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط
المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف
متعين فيقع التنازع في موضع القطع

وقد صح ان النبي

فابطله رسول الله ص م وان كان فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه قال
في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى ايكون
ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال ولا اللبن في الضرع للغرر
بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا
لا لبنا والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي
في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة
والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط
المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع
الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو
متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه
عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع
بغيره وهو مبطل كما تقدم فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجيب
بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في اعلاها
وتركت اياما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الان والاعلى ملك المشتري
وما وقع من الزيادة فوقع في ملكه اما الصوف فان نموه من اسفله
فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نمى فالمخضوب يبقى على راسه
لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل
وان امكن وقوع النزاع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع
فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين لانه لم يعهد فيه القلع اي النتف
فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي ص م نهى عن بيع
الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة

وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع و
سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع

قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع او لم يذكره لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر
بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما
ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال
المفسد بخلاف ما

قال على ابي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر
ولا جذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يضره
التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع او لا
لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن
من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض ضرر كبيع عشرة
دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة
ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع
الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد
وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البذر في البطيخ لم يصح وان شقهما
واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في غلاف
فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وامثالها بيع ما في وجوده
احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار
صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت
في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور حقيقة هو المقصود عليه
فيصح العقد اعمالا للتصحيح لفظه واما بذر البطيخ ونوى التمر وحب القطن
فاسم المبيع وهو البذر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال
هذا بذر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع
مذكورا وما ليس بمذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة
واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله واما الجذع
فعين موجود اشارة الى بيان الفرق بين البذر والنوى والجذع
المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذا لوضع فيه والبذر

بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما
واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص

قوله لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولا يقال بانه رضي
بهذا الضرر حيث التزم ذلك لانه التزامه بدون
العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا
وفي الفوائد العقد مشروع والضرر غير مشروع
فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا
المحاباة لانه ليس فيه تفويت باستهلاك المال
ولا يبيع الباب في الدار اذا لم يمكن اخراجه الا بقلع
الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض ولعدم التسليم
المبيع
تسليمه
التفصيل
في غير البيع
عند البعض لانه لا يمكن القطع الا بجذع الارض
وعند البعض يجوز للتعامل
يجوز للتعامل وان كان القياس يأبى
جوازه لانه ينمو من اسفله فيختلط المبيع
بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر
الغنم فبقي على اصل القياس والمراد من قوله
وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القطع
نحو القميص والعمامة كفاية

قال في شرح الطحاوي ولو باع جذعا في سقفه او آجرا
في حائط او ذراعا في كرباس او من ديباج فلا يجوز
بيعه وان جعل في ملكه لاجل المضرة فان رضي
الضرر ونزعه وسلمه الى المشتري ثم نقض البيع
ويجبر المشتري على الاخذ اما اذا كان قسمه
وتمييزه بعد الفسخ فلا يجبر المشتري على الاخذ
الى هنا لفظ شرح الطحاوي ثم اعلم ان بيع
ذراع من كرباس انما لا يجوز اذا كان الثوب
مما يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل
والعمامة اما اذا كان كرباسا لا يتفاوت
قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتابي

قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا
قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع

المزابنة اشتراء التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا كذلك فسرت في الحديث

والصاد المهملة الصائد من قنص اذا صاد والشبكة ... الموصلة التي يصاد بها

والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان بمنزلة ما ليس بموجود فكان النزع من التسليم هناك في معنى اصلها لانه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد و النزع من التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يقع في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا قال وبيع المزابنة الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيل ما على النخل من الثمر حزرا خرصا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبع ما على الرأس ثمرا بل ثمر المجذوذ الا الذي يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبي عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة وهي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة

مثل كيلها

ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة و رخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع

مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدل بان النبي عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع التمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق دانث التمر في قوله بخرصها على انه جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو انا نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد و الرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو
ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع
المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهي عليه السلام
عن بيع الملامسة والمنابذة
ولان فيه تعليقا بالخطر.

قال ولا يجوز ح

ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني
انه جاء في حديث جابر رض بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل
حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب
دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان العرايا في النظم لا يوجب
العرايا في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير بيان في قوله عليه السلام
المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز
البيع بالقاء الحجر وهو ان يسام البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وساومها
المشتري بعض اشياء منها بيع الملامسة وهو ان يتساوم الرجلان
في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضي
مالكها بذلك او لم يرض وبيع المنابذة وهو ان يتراوض الرجلان على
السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها اتيانها فينبذها اليه
فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر وهو ان يتساوم
الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع
فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ان يمتنع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية
فنهى عنها رسول الله عليه السلام وعبارة الكتاب تشير الى ان النهي عن بيع
الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا
بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع
للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد
بعته واي ثوب نبذته اليك فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة
المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا
وقد تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع المراعي اي لا يجوز بيع المراعي

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ
ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بنوعه

قال ولا يجوز بيع المراعي ح

قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه
لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو
عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز وهذا اولى

ولا يجوز بيع الكلأ ح

ولا اجارتها والمراد به الكلأ واما في المراعي بذلك لان لفظ المرعي يقع على
موضع الرعي واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها يجوز
سواء كان فيه الكلأ او لم يكن واما عدم جواز بيع الكلأ فلانه غير
مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء
في الثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم
فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب
والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة و
الاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول فان منع كان
لغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتشه
فتدفعه الي او تدعني آخذه كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت [illegible]
واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط
والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه فجاز
بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص
وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي
على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع
الاجارة في عين غير مملوك والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح و
الانعقاد على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز
فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع
لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ
في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظؤرة ثم لم يذكر ان اجارة الكلأ
وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة

ويجمع اسمه وسكونه الى ما بمهملة حيوان يحدث منه العسل اهـ

ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح
لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام
فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة
فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ولا يجوز بيع دود القز

بالقبض وينعقد عقيبه فيها **قال** ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو
يوسف رح لا يجوز بيع النحل وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا و
هو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه و
شرعا لعدم المنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول لا
ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام والهوام وهي المخوفة من الحشاش
فلا يجوز بيعه قال في الجامع الصغير ارايت ان وجد بها عيبا بكم يردها وفيه
اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما يخرج منه
جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع
بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال فقيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر و
الجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل باعيانهما
وفيه بعد لوجهين بقوله بما يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل
خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف
وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل
يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر
واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع
وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن
الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع
ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر
في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح **قال** ولا يجوز بيع
دود القز بيع دود القز وبيضه وهو البذر الذي يكون منه الدود
لا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه

وهو معدوم

ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح
يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف
مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع
الآبق لنهيه عليه السلام عنه ولانه
لا يقدر على تسليمه **قال** الا ان يبيعه
من رجل زعم انه عنده لان المنهي
بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا
في حق المتعاقدين وهذا غير آبق
في حق المشتري ولانه اذا كان في

وهو معدوم في الحال وجاز عندهما لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في
بيضه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف رح بيع دود القز اذا ظهر
فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة و
نقل عنه انه مع ابي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى ان ابا حنيفة
انما لا يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها
وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند
قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا اتباعا لما ذكر الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة **قال** ولا يجوز بيع الآبق
بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد رح في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله
انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق
الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق احد العاقدين جاز
بيعه كمن باعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه
وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم
هل يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا
عقيب الشرى بالاتفاق وان قبضه ليرده فاما ان يشهد على ذلك
او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل
الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع
لان قبض الضمان اقوى لتأكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان
المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع
فسخه بخلاف الامانة واما الملك فان الضمان يثبت الملك من
الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يصير

ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده
ان كان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب
ان يكون قابضا لانه قبض غصب

ولو قال هو عند فلان

ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم ينفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا روي عن محمد رح

قال ولا بيع لبن ح

قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف رح وقول المص رح يجب ان يصير قابضا لانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين ولغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد ام يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ رح ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلم في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلايم التوى بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينافيه وروي عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم ينفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا روي عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا رحمهم الله و اما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال و لا بيع لبن امراة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه

لا يجور

قال ولا بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

قال ولا يجوز بيع شعر ح

لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وتعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الادمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل ولم يبق له اثر سقط الضمان وكذا السن اذا نبت مثله وهو اي الادمي بجميع اجزائه مكرم لا يجوز ان يكون مبتذلا اي وتوقيره ان الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناها انهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد بكونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه وقد يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها

ولا يجوز بيع شعور كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بحال يجوز بيعه قال

ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن الطيب للبائع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف رح لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المص اختار قول ابي يوسف رح حيث اخره فقيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضي خان قال ولا يجوز بيع شعور الانسان بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد رح انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به ووجه الظاهر ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيده قوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من يصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المص رح بيع شعر الخنزير اخرا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمي

ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال ولا يجوز بيع

اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة المال بالمال فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر الانسان لا ينجس بالجز بدليل ما قيل فيشعره وهو طاهر اولا ولان في تناثر الشعور ضرورة والتعظيم وهو ينافي النجاسة وقال الشافعي رح نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضروري فلا بأس باتخاذ القرامل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي في اصول شعورهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها لمجاورة الرطوبات والدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم تزل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين الا جواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يفيده طالع التوثيق ينطبع عليه قال ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تأثير الدباغ في ازالة الرطوبات كالزكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها و

قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان
السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي
ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض
باتفاق الروايات ومفردا في رواية
وهو اختيار مشايخ بلخ رح لانه حظ
من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف
وله قسط من الثمن على ما ذكره
في كتاب الشرب قال وبيع الطريق

والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا تحلها الموت لعدم الحيوة وقد تقدم في
كتاب الصلوة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا به في حرمة اللحم
وغيرها قال لا يقع عليه الزكوة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة
السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس
العين بل كان كالكلب وساير السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن
عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال واذا كان
السفل لرجل وعلوه لآخر اذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او
سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس
بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب
حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن لها شرب
فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رح
لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارضه بماء
غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب بمسئلة قال في
شاهدين شهد احدهما بشراء ارض بشربها بالف والآخر بشرائها بالف ولم
يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب
وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال
بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية قال وبيع الطريق
وهبته جايز بيع رقبة الطريق وهبته جايز لكونه معلوما بطوله و
عرضه ان بين ذلك وهو ظ والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو شاهد
محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته

قال وبيع الطريق وهبته جايز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل

فان كان الاول

قال فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل
فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على
احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل
على السطح فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الاخرى

وفي رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز وبه اخذ عامة المشايخ

اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء
والقيد الاول لاخراج بيعه من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره
شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده
وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة وبيع
حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة
وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين
فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهم من القسمة وترك الطريق مقدار باب الدار
العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الطريق والدار برضاهم
يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان
صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد
الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل
لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات
لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق
بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو
محتملها الآخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما
بالعلم والجهل كما تقدم آنفا وان كان المحتمل الثاني فالفرق بينهما ان حق المرور
فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمولهما عدم الجواز واما على رواية
ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما
بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على
السطح او الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق بمحل
مع كونه مجهولا لاجل اختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني

قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل اي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير اعلم ان المراد لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون هو رقبة الطريق والمسيل او حق المرور وحق التسييل فان كان المراد الاول فوجه الفرق حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل لان الطريق معلوم طوله وعرضه فصح ذلك بخلاف المسيل فانه ليس بمعلوم المقدار لانه قدر ما يشغله الماء لا يدري فلم يصح البيع والهبة للجهالة وان كان المراد الثاني اعني حق المرور وحق التسييل فنقول في بيع حق المرور روايتان فعلى رواية ... الكتاب ورواية كتاب القسمة يجوز

ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو
البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

قال ومن باع جارية

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف

واعلم ان هذا الاصل لا خلاف فيه لكن اختلافهم في النكاح في ان الخل والخمر جنسان او جنس واحد والحر والعبد جنسان او جنس واحد فيقول محمد الخل والخمر جنسان والعبد والحر جنس واحد وقال ابو يوسف الحر مع العبد ايضا جنسان وقال ابو حنيفة الخل مع الخمر والحر مع العبد جنس واحد ١٢

مجهول فعاد الفرق في المحمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجئ الى الفرق بينه وبين حق التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى في الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوانات الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر تسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني ادم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية بعين موصوفة

بصفة

كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني ادم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

بصفة والاشارة لتعريف الذات بعينها مجردا عن بيان صفة والابلغ في التعريف اقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمى وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تفصيل محمد فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المص الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد رحمهم الله ان الموجود ان كان انقص من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص على ذلك في المختصر ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم الرضا واما الثاني فلان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار قال ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي رح وهو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول وبالزيادة

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البايع ومن غيره سواء وصار كما اذا باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة

على الثمن الاول او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص اخر والثاني جايز بالاتفاق مطلقا اي سواء اشترى بالثمن الاول او بالنقص او بالكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جايز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فان قلت رح جوزه فيها على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البايع فانه جايز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد رح حدثنا ابو حنيفة رح يرفعه الى عايشة رضه ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة قبل محل الاجل فقالت عايشة رضه بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله الا ان يتوب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله واجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعا من رسول الله عم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا من رسول الله عم لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه. وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع ان بهذا الطريق فلا يكون لذلك بل لانهما

ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع النبي عليه السلام الا ان يتوب ولان الثمن

ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة **قال** ومن اشترى جارية

تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها اية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في بيع الولد من الوالد بالبيع فانه جايز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمه بل للنفس التفريق حتى لو وقع بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البايع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باع من غيره لان الربح لا يحصل للبايع وبخلاف ما اذا اشتراه البايع بواسطة مشتر اخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفايت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فتثبت فيه شبهة الربوا **قال** ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتريها من البايع و بيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهذا فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف

فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكره العتابي في الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام في جامعيهما ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منها اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالجعل علة اولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز تشبه الفساد في الوضع فلا يكون صحيحة على انه معارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة وما بين وثلثمائة او اقل او اكثر منه فتتعدد جهات الجواز وليس البعض اولى بان كل جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز فرجحت عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور اما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان بخلاف الشافعي رح فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي رح كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد واما ثانيا فلان ابا حنيفة رح ابطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا

في قوهي

67

ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها

في قوهي جاز عند الشافعي رح ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي واما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيان ذلك ان في المشتراة شبهة الربوا لانها في المسئلة الاولى لكان بيع شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما لان الفساد طارئ لوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والبيع جائز في العبد لان شمس الائمة قال البيع في المدبر فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك بمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة فلما بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندهما وذلك لا شك في طروه فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه [illegible]

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى
على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن
اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري

زيتا على ان يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه
شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف
ما هو وحده وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين
مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزن ويطرح بوزن الظرف
جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق ومن
اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن وجاء تجيء عشرة ارطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان
هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار السمن
فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب
او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه
فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف
اجيب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف
في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف
ضرورة ان كل واحد منهما مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على
اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجب قال
واذا امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل
جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا
ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يوليه غيره
كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل
الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به

لانه ان اعتبر اختلافا في نفس الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا
في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر

قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او خنزير او شرائهما ففعل جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا الخلاف توكيل المحرم ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره
ولان ما يثبت للوكيل ينتقل اليه فصار كانه باشر بنفسه فلا يجوز

وقال ابو حنيفة رح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية
الموكل فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المأمور به وللنصراني
ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك
الملزوم من اللازم الا ترى انه يصح ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم
مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري
فاني يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة
الوكيل جبري كذلك لانه يثبت بدون اختياره كما في الموت والا يرى ان
الماذون النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق
واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب
ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة
مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل
بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول
وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير
خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وترك خمرا
فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس
على تزويج المجوسية مرفوع بان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل و
الوكيل سفير لا غير قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع
في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا لنوع
اصحابنا وتحريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد
ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع
والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا

ولابي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام
كما اذا ورثهما او اشتراهما عبده الماذون له ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه
قال ومن باع

قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد
لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط
يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط
واما ما ليس كذلك وهذا ينقسم اما ما فيه منفعة لاحد العاقدين واما ما ليس فيه
ذلك وهذا ينقسم اما ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق
واما ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط لزيد وكادة لا يقال
نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه
في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق وفي الاول من القسم
الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك لان الثابت
بالعرف قاض على القياس لا يقال فاسد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف
ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع
المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع
الا القياس على ما لا عرف فيه مع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا
لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط الاستخدام
مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانه لما
قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لا يقال
لا تطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون
ربوا لانه قال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربوا
ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع
لما عرف في بيان اسباب الشرايع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي
وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط
منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا
لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة

وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب
كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة
اذا ثبت هذا

اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام
حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وان كان لا يقتضي العتق ويقيسه
على بيع العبد نسمة . فالحجة عليه ما ذكرنا

المبيعة لانه لا يطالبه مطالب به بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى
المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية ابي يوسف انه
يبطل البيع به نص عليه في المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر
عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد
المتعاقدين والجواب ان المعتبر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط
دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فالبيع فاسد لانها شروط
لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف
والتخيير لا الالزام حتما والشروط تقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة
وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الاخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد
والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى
وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع
فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع
بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره
في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المص بان يباع ممن يعلم انه
يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المص
فقوله يقيسه لانهما غيران صحيح فيقيس احدهما على الاخر وان
كان تفسيره ما ذكره في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المص يقيسه بيلحقه
بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع
العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رض
تستعينها في المكاتبة فقالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقك فرضيت

قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة والنسمة النفس
من نسيم الريح ثم سميت بها النفس ومنها اعتق
النسمة

فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري
بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة
لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث
ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه ولكن
من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك
والشيء يتقرر بانتهائه ولهذا لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب
فاذا اتلف بوجه آخر لم يتحقق
الملايم فيتقرر الفساد
واذا وجد العتق الخ

بذلك فاشتراها واعتقها وانما اشتراها بشرط العتاق وقد اجاز ذلك
رسول الله عليه السلام وغيرها من معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة
وانما عبر الحق به الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف
في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى
النبي عم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده عن النبي عليه السلام والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب
ذلك الشرط وكونه ملايما لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان
تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رض
اشترت بريرة مطلقة ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع
المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح ثم سميت به
النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق ولفا
بعد الاتى لما لكنز ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة
واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة
الاسماء المتضمنة معنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق
بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا
كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط
التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بالشرط او لم يف
فانه مضمون بالقيمة اعتبارا الحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة رح
ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه من تقييد
التصرف به المغاير للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه على الملك

والمنهي

قوله ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ايضاح لقوله والشيء بانتهائه يتقرر وقال في التحفة والصحيح قول ابي حنيفة لان هذا شرط يلايم العقد من وجه دون وجه فمن حيث ان الاعتاق ازالة الملك يكون تغيير الحكم العقد ومن حيث انه انهاء الملك يكون ملايما لانه تقرر فقلنا بفساد البيع في الابتداء وبالجواز في الانتهاء عملا بالدليلين وبالعكس لا يكون عملا بهما لانا نجد فاسدا ينقلب جائزا كما في بيع الرقم ولكن لم نجد جائزا ينقلب فاسدا فكان الوجه الاول اولى ولو باع بشرط التدبير والكتابة وفي الامة بشرط الاستيلاد فالبيع فاسد ولا ينقلب الى الجواز عند وجود الشرط لان هذا شرط لا يلايم العقد لانه لا يثبت انهاء الملك بهذا بيقين لاحتمال ان القاضي يقضي بالجواز في التدبير والاستيلاد فلا يتقرر حكمه كذا في التحفة

واذا وجد العتق تحققت الملايمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذلك
لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على
ان يهدي له هدية فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه الخ

والمنهي للشيء منتهى له ألا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب
فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان
ينقلب جائزا لوجود الشرط فاذا وجد العتق فقد تحققت الملايمة فيرجح
جانب الجواز عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة
لا تكاد تنجلي وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا او لا فان
كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني
كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة
لعدم الملايمة وجائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات
والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد
جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف
ما اذا اتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه
فيتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي
بها بيقين لاحتمال القضاء بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتبة
بالتراضي في الاجارة والانتهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري
الا ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال وكذلك اذا باع عبدا على
ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط
لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث
لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان يقرضه المشتري احترازا عما
اذا قال بعتك هذه الدار على ان تقرضني فلان الاجنبي الف درهم
فقبله المشتري صح البيع لانه لم يلزم الاجنبي لاضمانه عن المشتري لانها
ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقبل على ان
ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في
بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى عن صفقتين في صفقة
قال ومن باع عينا الخ

قوله فكان الحال قبل ذلك موقوفا اي كان حال العقد موقوفا قبل الاعتاق بين بقائه فاسدا وانقلابه الى الجواز بالاعتاق فلما وجد الاعتاق يرجح جانب الجواز فانقلب جائزا قوله وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا الخ اي قال القدوري في مختصره وكذلك يفسد البيع بهذه الشروط وذلك لمعان احدها نهي النبي صلعم عن بيع وشرط وقد مر ذلك والثاني ان كل واحد من هذه الشروط على خلاف مقتضى العقد لانها لا يلايمه والثالث ان منفعة الخدمة والسكنى لا يخلو من احد الامرين فان قابلهما شيء من الثمن يلزم الاجارة في البيع وان لم يقابلهما يلزم الاعارة في البيع وكل ذلك فاسد لان النبي صلعم نهى عن صفقتين في صفقة والرابع ان البيع بشرط الاقراض منهي نهى عنه رسول الله صلعم وهو ما روي ان النبي صلعم نهى عن بيع وسلف اي قرض

قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا

ضامن بخلاف اشتراط الاوصاف على المشتري لان النبي عم نهى عن بيع وسلف و ايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر الاجل في المبيع العين باطل لاقتضائه التحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل واما قيده بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد و بطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فكالبيع و الاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجر دارا على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا اعني فيفسد بها وذلك لما ذكره من الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله و يقر بقراره وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا اقول غير ان المفسد في الكتابة استثناء لم قوله

وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناوله والاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا فيبطل به البيع والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة

غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها

غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية

لان الوصية

لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يقع الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع و الصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات و اسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشروط الفاسدة واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عامل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعترض على قوله و الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية

لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين

ومن اشترى

قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع او يخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر

مما يصح افراده بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتان في صفقة وكانهما سواء اشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتان لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية **قوله** ومن اشترى نعلا حذو النعل بالمثال قطعها وهي تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشراك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل و

ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضـ ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وجه الاستحسان انه يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى

والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه

والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة **قوله** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان توطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع لتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعائشة كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهما

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى

بخلاف البيع لانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة لانه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل

اعني النيروز والمهرجان

ولنا ان

منه وكم اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة ما يكون في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع بما لم يكن متحملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن متحملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمتنع واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال اعني النيروز والمهرجان الى اخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر رحمه الله فالنكاح الى الاجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع درهما بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا اذ ليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم اسقط الاجل لا ينقلب جائزا واجيب

قوله فكذا في وصفه لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف ادنى من الاصل فلا يلزم ان يكون مثل الاصل في كونه مفسدا قلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما ولا منازعة في الكفالة لانه تبرع ابتداء فيبنى على المسامحة قوله ولو باع الى هذه الآجال انما قيد بقوله الى هذه الآجال احترازا عن البيع الى هبوب الريح او مجيء المطر تراضيا على اسقاط تلك الآجال كذا في المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار السماء لان ذلك ليس باجل فالاجل ما يكون منتظرا الوجود وهبوب الريح وامطاره قد يتصل بكلامه فعرف انه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولا جد في العقد كفاية

ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه

قال ومن جمع

قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر

عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه قوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان الفاسد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى الاجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قوله ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة اذا جمع بين حر وعبد في البيع او شاة ذكية وميتة بطل فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر رحمه الله فيهما اي في العبد والمدبر او في العبدين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر اجيب بان ليس التسمية بمجتهد فيه بل لمخالفته الدليل الظاهر وهو قوله تع ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر رحمه الله الاعتبار بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو يخص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم

قوله ومتروك التسمية عامدا كالميتة فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيها بالضم اليه لانه مجتهد فيه كالمدبر فان الشافعي رحمه الله قائل بحله قلت حرمته منصوص عليها ولا اتساع الاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء ومن جمع بين وقف وملك صح في الملك في الاصح كفاية

له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول

ولابي حنيفة

ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع
صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا الشرط فاسد بخلاف النكاح
لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية
ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا ام الولد عند

ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصلي الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كان الصفقة متفرقة وح لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد وهو ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا كقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البايع بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر لفظ البيع والشراء وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل مكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الى خمسمائة اخرى فيستتبع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد بقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف

وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل
القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن
كل واحد فيه

فصل في احكامه

على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يغير الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض حتى العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء لما علم مانع من الصحة وهذا اي الجمع بين القن وواحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالبيع بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر

قوله فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا تابعا يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع يعني باذنه وفي العقد عوضان كل

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور
فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار
كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا الخ

ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد
لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البائع يعني به الاذن
في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه
عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يعتبر
مطلقا وقيد بانه يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها
وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع
في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال
الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور
لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان
النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي
القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية
لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر
بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع
الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق
الاكتساب بالتراضي صدر من اهله اذ الكلام فيه ان لا خلل في العاقدين
مضافا الى محله لما ذكرنا وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده
لا يقال فلا يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا
لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى بين
ان يترك باختياره فيثاب وبين ان ياتي به فيعاقب عليه فنفس البيع
مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه
في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررناه هذا

ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية
وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس
البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع
بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى

في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور
واما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله
كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهية وفي المتنازع
فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور
ليس بمعنى في عين المنهي عنه كما زعم الخصم والمجاور جمعا والمتصل
وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان
كما زعمه الخصم والكراهية والفساد يشتركان في عدم البطلان
التقرير تطلع على ذلك قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا
يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض
وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب
على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز
لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز
تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد بعد اذا كان المبيع مقبوضا
فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين
اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم
ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يثبت الملك قبل القبض لم يثبته بعده
لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط
وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه
ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره كهو لا مع غيره وهو محال و
خيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق
بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل

ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة
والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء اخر ان في الخمر الواجب
هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفي به دلالة
كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع [illegible]

وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اعتبر العبد اي القبض وعن هذا ان تقرر الفساد بعد القبض يثبت في حق الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم يشتغل الملك من المغصوب له الى الغاصب لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا عبرة بها قوله ولان السبب دليل اخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني ان البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار كان ايجابه البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يفيد العقد من القبض وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال والمبيع ما لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اول البيع الفاسد واراد به ما قاله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشيء اخر دليل اخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لصلح القيمة مثمنا لان كل ما يباع بمقابلة الدراهم او الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل

الافتراق

قوله فان القبض يوجب الضمان اقول ان اراد [illegible] وليس الكلام فيه وان اراد [illegible] لحل الكلام

جميع البياعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة [illegible]

لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق
وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما
مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع
مع نفي الثمن وقوله [illegible]

الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض في هذه الرواية هي المشهورة ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه بمنزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض
فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى [illegible] فالكل واحد

قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي [illegible] يجب اعدامه [illegible]

قوله لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه

قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظ لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط

من الفعل معنى ما لا يعدل عنه الا اذا تعذر قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد ولاية فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يرد ولم ينتقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي وقيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي ومتى ملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع

فان

قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته

حق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا يقدم حق العبد لا تهاونا بحق الله تعالى بل لانه تعالى الغني والعفو منه ارجى

قال محمد انقض في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد تقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورثه ورثة المشتري وان تعلق به لك حق العبد فكان ذلك تخلفا واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف تفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما ياتي ولم يذكر محمد رحمه الله من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فيتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك بخلاف ما لو مات البائع فان لورثته ان يستردوا المبيع من المشتري بحكم الفساد وهو اختلاف ما اذا اوصى المشتري بالمبيع لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له غير المشتري الثاني بثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يده حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق

ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى

اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل اخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه بمجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع دليل اخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل وتوقف باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنتهي متقرر فاذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته قوله بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم تنقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للاخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون

قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وبهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا

قال وليس للبائع

نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قوله ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع ينقطع حق الاسترداد على ما مر انفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد وليس تخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا وتعلق الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ليس للبائع في البيع الفاسد

قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به
كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على
ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع
الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب
وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا
قال ومن باع دارا الخ

ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري
وليس بصحيح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او
نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها
فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان للمشتري ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ
الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون
بقدر الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات
البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته لما تقدم
من ان للمشتري حق منع البائع من المبيع الى ان ياخذ ما ادى اليه وكل
من يقدم عليه حال الحياة يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن
فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من
الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة
ياخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان
وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والبيع الفاسد وهو
بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية
ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن
في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل
في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد ويجب
ردعينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا
انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق
المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قوله
ومن باع دارا بيعا فاسدا من باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه

ليس للبائع ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بصحيح بل المراد به ما اخذه بمقابلة المبيع عوضا كان او نقدا ثمنا كان او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض وكان للمشتري ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه فارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب ك قوله بمنزلة المغصوب اي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب قوله لما بينا اشارة الى انه بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذلك ك

قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه
في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رح ينقض البناء وترد الدار
والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء
ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع
ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء
فاقواهما اولى
وله الخ

يعني ينقطع به حق الفسخ عند ابي حنيفة خلافا لهما وجه قولهما ان حق البائع

قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض
البناء وترد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر
في الايضاح ان قول ابي يوسف رحمه الله في هذا هو قوله
الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف
من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء او الرضا ويبطل بالتاخير
ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان
البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف
اذا لم يبطل بشيء فالاقوى ان لا يبطل به وهو بديهي وحق الشفيع
لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة رحمه الله
ان البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع
وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري
بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري
لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع
الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد
لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم
التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يبينك
ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما ادخله فيها
اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة
لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان الحجة بالبيع في كونه منهيا مقررا
لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق
الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة لانقطاع

قوله الا البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه

قوله وشك يعقوب رح في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رض وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة

قوله فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

حق البائع في الاسترداد بالبناء لضرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينتقض الشفيع بناء المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق من ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا انتقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا جائزا ورد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب بوجود مانع اخر فان المانع من الاسترداد انما يثبت بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع اخر من وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضي على وجه يبطل المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة يعقوب رحمهما الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها واستحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق

لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد رحمه الله قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذه المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم ينقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى التأكيد كرر المصنف رحمه الله يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله

قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيهما انه لو اشار اليها وقال اشتريت

وهذا نوع الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رح يشمل النوعين
لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير
الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة
دون النازل عنها قال وكذلك

[قوله او تقدير الثمن عطف على قوله سلامة المبيع يعني ان الخبث لعدم الملك انما يثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لانه تعلق به سلامة المبيع كما قلنا او تقدير الثمن بان يشير الى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها]

هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يمسكها ويدفع الى البائع غيرها
لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار
اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين
لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في بيع الفاسد لانها
بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية دباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها
او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق
بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الخبث لما كانت
لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رحمه الله
يطيب له لان شرط الطيب الضمان والفرض وجوده وطعن ان العقد
يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة
من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو
اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان
الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد
تعلق به
من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه والثاني
توسل اليها بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر
لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في
الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي
يكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير
من كل وجه بل بما له فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل
الى الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث
بحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة

قوله ومن اشترى جارية الى آخره الاصل فيه ان المال على نوعين نوع يتعين في العقد ونوع لا يتعين كالدراهم والدنانير
والخبث نوعان خبث لعدم الملك وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين اعني فيما يتعين وفيما
لا يتعين حتى ان الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما عرض او من النقود وادّيا ضمانهما
للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد لان فيما يتعين هو مال بدل الغير حيث حقيقة
الخبث وفيما لا يتعين وان لم يكن بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكن انما يتوسل الى الربح
باداء المغصوب والوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير فيتصدق به والخبث لفساد الملك دون
الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين فلهذا قال يتصدق المشتري بالربح ويطيب للبايع
ماربح في الثمن وهذا على الرواية التي لا يتعين الدراهم والدنانير في البيع بالربح ويطيب للبايع ماربح في الثمن
وهذا على الرواية التي لا يتعين الدراهم والدنانير في البيع الفاسد اما على الرواية التي يتعين تكون بمنزلة
المغصوب كذا في جامع قاضيخان في العقود اي في عقود المعاوضات واحترز به عن الوديعة والشركة
والغصب عندنا وعند زفر والشافعي يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة فحبسها واعطى البايع غيرها
للبايع ان يأبى ذلك ولو هلكت تلك الدراهم او استحقت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا
لا يبطل كذا في المبسوط وهذا الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين اما الخبث لعدم الملك كالجارية
المغصوبة والدراهم والوديعة يشتمل النوعين ما يتعين وما لا يتعين يتعلق به اي بما لا يتعين
سلامة المبيع بان نقد الدراهم المغصوبة او نقد الثمن باشارة الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها انقلب
الحقيقة اي حقيقة الخبث والشبهة اي شبهة الخبث واللام فيهما للمعهود يعني صار الخبث بسبب فساد الملك
فيما يتعين نظير الخبث لعدم الملك فيما لا يتعين فوجب التصدق بالربح فاما فيما لا يتعين لما كان عند حقيقة
الخبث لعدم الملك لا يثبت الا شبهة الخبث فعند شبهة الخبث وهي الخبث بفساد الملك لو ثبت ثبتت
شبهة الشبهة وذلك غير معتبر بالحديث وهو انه عليه السلام نهى عن الربا والريبة اي الشبهة ولم يعتبر
النازل عنها لان شبهة الشبهة لو كانت معتبرة لكانت دونها معتبرة ايضا وبيع ما لا يخلو عن شبهة
الشبهة فيؤدي حاله الى انسداد باب التجارة وهو مفتوح شرعا ولان الاصل في الكسب التوسعة وقد عدل
عن هذا الاصل في حق الشبهة لنص فبقي ما انحط عنها على الاصل لفساد الملك هاهنا لان قبض الدراهم بدلا
عما زعم انه ملكه وهو الدين فاذا ظهر انه لم يكن عليه دين كان المقبوض بدل المستحق وبدل المستحق مملوك
ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك لا يظهر فيما لا يتعين كذا ذكره الامام قاضيخان والمراد بالتسمية
هي الاقرار او دعواه على آخره الا ان بدل المستحق مملوك اي فاسدا سواء كان المستحق عينا او دينا بدليل
انه اذا اشترى عبدا بجارية ثم اعتق العبد فاستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق
مملوكا لما صح عتق العبد لان العتق لا يجوز في غير الملك قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم
فلما ملك بدل المستحق فيما كان المستحق مما يتعين فاولى ان يملك بدل المستحق فيما لا يتعين وهو الدين وفي الجامع
الكبير لقاضيخان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف وقال لغريمه لا افارقك حتى استوفي منك حقي ثم باعه
المديون بذلك الدين عبدا ثم فارقه الحالف بعد قبض العبد ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملك ما في ذمته
بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق المبدل يجب رد البدل
ولكن لا يبطل البيع فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح من دراهم غير مملوكة يتمكن في الربح شبهة
الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة عدم الخبث فلا يعتبر كذا في الكافي

قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها يتصدق بالربح ويطيب للبايع
ماربح في الثمن وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية
بيعا فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح
ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وهذا لفظ محمد رضي الله عنه والاصل فيه ان المال نوعان
نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير والمراد
من عدم التعين في حق الاستحقاق ما في حق القدر والجنس والوصف فيتعينان والخبث
وهو عدم الطيب ايضا نوعان احدهما باعتبار عدم الملك والثاني لفساد الملك فالخبث باعتبار
عدم الملك كما في المغصوب والوديعة يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة
الخبث فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لان ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق العقد به بل يتعلق
بما في الذمة وانما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم انعدم
الطيب لعدم الملك في المالين جميعا اعني فيما يتعين وفيما لا يتعين والخبث لفساد الملك
يورث الشبهة فيما يتعين لان الخبث لفساد الملك ادنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة
الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا تصدق الذي اخذ الجارية بالربح
لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي اخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي
شبهة الشبهة فلا تعتبر وقال الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير وهذه المسئلة على ثلاثة اوجه
احدها ان يشير اليها وينقد منها فلا يطيب له الربح لان الربح حصل بملك الغير من كل وجه وكذلك
ان اشار اليها ونقد من مال نفسه لان الربح ان لم يسلم له بملك الغير لكن جواز العقد كان
بملك الغير لان الاشارة الى الدراهم تصح لبيان القدر والجنس والوصف وبيان جنس الثمن
وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد فقد توسل الى الربح بمال الغير من وجه وان اشار
الى مال نفسه ونقد من مال غيره فلا يطيب ايضا لان الربح سلم له بمال الغير فقد توسل
الى الربح بمال الغير من وجه وعند ابي يوسف يطيب له في الوجوه كلها

٨١

قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

هي المعتبرة لان النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما اذا كانت شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قل ما تخلو عن شبهة الشبهة فما دونها قوله وكذلك اذا ادعى رجل مالا على آخر لي عليك الف درهم فاقضيها فقضاها ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق مقصودا في مقابلة لا قيمة فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره فصل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخره عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه

قوله قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه الى آخره اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه وكذلك لو ان رجلا قال لرجل لي عليك الف درهم فاقضيها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن وقد تصرف فيها وربح فالربح يطيب له جواب قيل وذلك لان الدين ثبت من حيث التسمية لان المدعي ادعاه فقضاه المدعى عليه فكان الربح حاصلا في ملكه فاذا تصادقا بعد ذلك على عدم الدين كانت الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك لا اثر له فيما لا يتعين لانه شبهة الشبهة فلهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به

قوله لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق فيهما لان المرء مؤاخذ باقراره في الحكم فاذا تصادقا ان الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع امة بالف وتقابضا فاستحقت الامة كان الثمن مملوكا للبائع ملكا فاسدا لوجوب الرد عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة يتمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر كفاية

فصل فيما يكره قال ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشري ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا

قال وعن تلقي الجلب

ان البيع اذا كان لامر مجاور كان مكروها وان كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقدير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازدياد الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبايع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البايع الى ما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح واما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد **قوله** وعن تلقي الجلب اي ونهى عليه السلام عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراده فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد

قال العطاوي في مختصره ولا يحل النجش والنجش ان يزيد في الثمن ليرغب قال في شرح الطحاوي وهذا اذا طلبها الراغب من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان الراغب فيها يطلب السلعة من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها بمثل قيمتها فلا باس بذلك وان لم يكن له رغبة في ذلك وكذلك الرجل يبيع ماله لحاجة الى ثمنه وطلب منه بدون ثمنه فزاد رجل الى تمام قيمته فلا باس به وهذا محمود غير مذموم الى هنا لفظه والمعنى في كراهة النجش الغرور والخداع وقال في المغرب النجش بفتحتين وبروى بالسكون وقيل بالتحريك اسم وبالسكون مصدر **قوله** على ما نذكر اشارة الى قوله وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد **قوله** وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا اراد به قوله هذا اذا تراضى المتعاقدان يعني اذا ركن قلب المرأة الى الخاطب يكره خطبة غيره فاذا لم يركن فلا وقد مر ذلك

وفي الكافي السوم ان يزيد في الثمن بعد تقرره لارادة الشراء

قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر

قال وعن بيع الحاضر

قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زايد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

قال ولا باس

اولا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين اولا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد تحقق قبح الغرور فهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك **قوله** وبيع الحاضر للبادي ونهى النبي عليه السلام عن بيع الحاضر للبادي فقال لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا يكون اللام في للبادي بمعنى من وقيل صورته ان يتولى المصري البيع لاهل البادي ليغالي في القيمة **قوله** والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله عليه السلام عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة **قوله** ثم فيه اي في البيع المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا يمشيان فلا يخل فيبقى بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال كل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد اي القبح في امر خارج زايد مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد وما روى انس رضي الله عنه قد مر آنفا **قوله** نوع منه اي الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه من ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له ان يفرق بينهما

قال ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرناه وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين واحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب عليه السلام

قال المص والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع اقول قال الزيلعي وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به وفيه اشكال لان الله تعالى نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي انتهى وفيه بحث

قوله وكل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى هنا مكروه باتفاق علمائنا ولا يفسد به البيع حتى يجب به الثمن ويثبت الملك قبل القبض وبه قال الشافعي ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان اذا لبس السعر عليهم وقال مالك بيع الناجش باطل وبه قال احمد في رواية ضعيفة وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك وبيع الحاضر لباد باطل عند مالك ايضا وبه قال احمد في بيع الحاضر للبادي لمطلق النهي ولنا ان الشافعي بالكراهة كقولنا وقلنا آخر الحديث وهو قوله عليه السلام دعوا الناس الحديث يدل على صحة البيع اذ لولا الصحة لما كان فعله تفويت على الناس الرزق ولان النهي باعتبار الغير المجاور لا باعتبار شرطه وركنه فلا يكون مفسدا واراد بقوله خارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة والا يشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط فان الفساد لمعنى خارج لكن ليس بمجاور ولهذا قال في الكافي قوله لمعنى خارج يشكل الا ان يؤول الخارج بالمجاور

ووهب النبي عليه السلام لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما
فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده
فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه
ثم المنع

قبل البلوغ لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة **قوله** ووهب
معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل
فيه ما قال عليه السلام ووهب النبي عليه السلام لعلي غلامين
اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت
احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد وجه
الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك
او الرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما
وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فعلنا بكراهة البيع لافضائه الى
وهو مجاور ينفك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر
في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير
وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه
ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك
بقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها ان كان المراد
بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس
والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام
من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم المنع عن التفريق انما
هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة
للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الاخر كما ذكر في صدر
الكتاب بلا ضرر للمولى او الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب
ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان اخا رضاعيا
احدهما

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل
فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده
ولا بد من

للاخر او كان امه والاخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد
عم او خال او كان زوج الاخر جاز التفريق بينهما لان النص
الناهي ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق
لوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل
ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده
الوالدة وولدها والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض
لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس بالصغير وقال ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف
القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب
ما اشرنا اليه في تعبير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو
الاستيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون
ضرر للمولى او الصغير قصدا فهو بيان لمعنى يجوز به الحاق الغير
بالدلالة اذا ساواه في الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه
فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد
بخلاف القياس واذا ظهر هذا انتفى انه ليس في القرابة
المحرمة ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر
فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق
معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة
لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة
منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة
المشايخ والاول من المواضع ما اذا صار احدهما في ملكه الى حال الايمان

ولابد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لاباس ببيع واحد منهما

ولو كان التفريق بحق

[illegible] لان التفريق انما يتحقق [illegible]

بيعه كما اذا دبره او استولده ان كانت امة فانه لاباس ببيع الاخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية في نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزمت التفريق والخامس ان اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية وان لزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال وعلى غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضاء امه ولزم التفريق واذا تاملت ما قررت لك ظهر لك علام ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الاخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا انتقال المنع عن تفرق التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يتحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شراه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأن فيها وضرر ذلك ظاهر لان الدنيا لتعرضه الاسر والقتل وفي الاخرة لان ظاهر من ينشأ من صغره

بينهم

ولو كان التفريق بحق مستحق لاباس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لو قال فان [illegible]

اقول قال ابن الهمام اي بالمالك الضرر ومن ملك للمولى انتهى فيه بحث

بينهم ان يكون على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين منه دفع ضرر الصغير بالاضرار للمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق هو ابين الجمع باكمل الوجوه لان المعتق او المكاتب صار احق بنفسه فيدور هو حيثما دار اخوه ويتعاهد اموره على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر فتباعدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لابد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لاباس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا له صغيرا او كبيرا او هما في مؤنته او لا او سواء كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد هولاء اذا كان في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تعلم تقريره في اثناء الاسولة وجوابها وروي عن ابي حنيفة رحمه الله قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي

قوله والاخر لغيره لفظ الغير مطلقا يتناول كل من هو غير المالك سواء كان ابنا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنته او لا وسواء كان زوجته او مكاتبه كذا في شرح الطحاوي وفي بعض النسخ والاخر لصغير والاول اظهر لاباس به اي بالتفريق وبيعه بالدين بان كان ماذونا واحاطه دينه او وجب الدين على المالك ولا مال له غيره في لاباس ببيعه بالدين ودفع الضرر عن غيره ان غير الصغير وهو ولي الجناية في غير التعزير تطويل المراد بالغير المولى لا ولي الجناية لان ولي الجناية لا حق له في عين الجاني ليكون منعه عنه ضررا به وكذا ولي الدين وذلك انه لو لم يجز للمولى الدفع والبيع بل الزمناه الفداء وربما لا يكون له الفداء فيتضرر وبهذا يظهر ان السؤال الذي اورده غير متوجه وولي الدين يعني في الدفع بالجناية والبيع بالدين المقصود دفع الضرر عن ولي الجناية وصاحب الدين لا الضرر بالصغير والنهي عن بيعه لدفع الضرر عنه لا لالحاق الضرر بغيره فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع من ايفاء الحق اضرار بصاحب الحق وعن ابي حنيفة في فصل الجناية الفداء اولى ذكره في الايضاح وعن ابي يوسف في فصل العيب يردهما لعدم جواز التفريق بينهما كتفريق الصفقة على البائع قبل القبض كذا في الكفاية والغواية ان هيهنا فان قيل يحتمل ان يكون الاضرار قصدا ودفع الضرر ضمنيا قلنا ربما ينصرف الصغير ويتانس بالدابن وولي الجناية فالاقوى لا يصح ان يثبت ضمنا والادنى يثبت ضمنا وضرر الصغير ضمني فلا يعتبر فان قيل لو جاز تحمل ضرر الصغير ضمنا قلنا لو اعتبر لا يكون قوله صلى الله عليه وسلم من فرق الحديث

[illegible]

قوله ولو كان التفريق لحق مستحق لا باس به

اي بالتفريق وذلك مثل ان يجني احدهما جناية
او يشتريهما وكان باحدهما عيب لم يظهر عند العقد
وذلك لان التفريق انما نهي عنه لدفع الضرر
عن الصغير وليس من شرط دفع الضرر عن شخص
الحاق الضرر بغيره فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع
من ايفاء الحق اضرار لصاحب الحق وهذا معنى
قوله لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار
به اي دفع الضرر عن غير الصغير لا الاضرار بالصغير
وانما حصل الاضرار بالصغير ضمنا لحق مستحق فلا يلتفت
اليه لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
قال في الايضاح روي عن ابي حنيفة انه قال
اذا جنى احدهما يستحب الفداء لانه مخير بين ان
يدفع او يفدي فكان الفداء اولى انتهى

قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين

قوله فان فرق كره له ذلك وجاز العقد فكان النداء اولى

فان فرق كره له ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد لكونها اقوى وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا اختين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما به من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع والله اعلم بالصواب

وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا اختين

قوله وان فرق كره له بالاجماع وجاز العقد عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي في قول ويجوز في غيرها اي غير قرابة الولاد وبه قال الشافعي في الاصح وعنه اي عن ابي يوسف انه لا يجوز في الجميع وبه قال احمد لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام لعلي ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد وانما يمكن من الادراك والاسترداد عند فساد البيع وفي رواية عنه فرق بين الولاد وغيرها لقوة قرابة الولاد وضعف غيرها وحمل قوله عليه الصلاة والسلام لعلي في هذه الرواية على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما وهو تاويل الحديث عندهما والقياس لهما فان النهي عن بيع احدهما لمعنى في غير البيع وهو غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع في شيء والنهي متى كان لغير المنهي عنه لا يفسد البيع كالبيع وقت النداء كذا في المبسوط وفي شرح الطحاوي هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او ماذونا اما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان الكفار غير مخاطبين بالشرائع وفي الكفاية حكم الكراهة ثابت ما لم يبلغ وبه قال الشافعي في قول لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وروى عبادة بن الصامت انه عليه الصلاة والسلام قال لا تفرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية كذا في المبسوط وتتمتهم في الاظهر قولها ان الشافعي وهو الذي نقله المزني عنه الى زمان التمييز وهو سبع او ثمان بالتقريب وقال مالك يمتد التحريم الى زمان سقوط الاسنان كذا في شرح الوجيز وفي المبسوط

باب الاقالة

باب الاقالة الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل

باب الاقالة والخلاص

لما فرغ من حيث البيع الفاسد والمكروه وكان ذلك بالفسخ وكان للاقالة تعلق ما بها اعقب ذكرها اياها وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ندب عليه السلام اليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا للمشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها ان يكون بالثمن الاول وان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا ابطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفيع ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا مكان حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما ذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط ابطال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق العاقدين لقيامها بهما فيتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما

والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة

وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان
لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل
لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على
محتمله وهو البيع الا يرى انه
بيع في حق ثالث ولابي يوسف رح

كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولو ان الزوائد المنفصلة تمنع فسخ
العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف هي بيع
الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا
فيبطل كما اذا تقايلا في العوض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند
محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل
بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العوض بالدراهم بعد هلاكه
استدل محمد رح بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني
ان حقيقته ذلك يقال في الدعاء اقلني عثرتي واذا امكن العمل
بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو
البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف رح بمعناه
فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد
بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب
وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة لانعقد
البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم
على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء
اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا
تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فتبطل
في محتملها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود
اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ
في موضع لوجود الدلالة على ارادة المجاز ارادة المجاز في سائر
الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما

قوله وعند محمد رحمه الله هو فسخ كما
قاله ابو حنيفة رحمه الله حتى لو تقايلا بمثل
الثمن الاول او بالاقل يكون فسخا الا
اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض
بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او
تقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول
او بخلاف جنس الثمن الاول وهو بيع
كما قاله ابو يوسف رحمه الله الا انه لما تعذر
جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما في بيع
العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك
العرض وكما اذا تقايلا في المنقول في
المنقول او غيره قبل القبض على خلاف
جنس الثمن الاول

قوله واستدل ابو يوسف بمعناه اي قول محمد
فانه اذا كانت الاقالة بلفظ فسخ او تاركتك
فانه فسخ اجماعا مع اتيان الدليل فيه

وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا
في الاقالة اذا حصل الفسخ بلفظ
الاقالة فاما اذا حصل الفسخ بلفظ
المتاركة او الرد فانها لا يجعل بيعا
وان امكن جعلها بيعا
كفاية

ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة
ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع
ولابي حنيفة رح

ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها
الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده
فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول

انه يفهم منه ان ابا يوسف رحمه الله يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك
مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان
قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك
هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة رحمه الله
ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل
اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان
امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله
لكونها ضده واستعارة احد الضدين للاخر لا يجوز كما عرف
في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحمل
البيع لم يكن ذلك اجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ
المجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما
على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل
حكم البيع وهو الملك للبايع ببدل ظهر موجبه في حق الثالث
دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه
البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من
ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك
للبايع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه
كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان
لهما ولاية على انفسهما فقط واعتبر الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما
ولاية على غيرهما ووجه اخر ان المدعى ان تكون الاقالة بيعا جديدا
في حق الثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان

اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما
لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان
الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا
الا ان يحدث في المبيع عيب فح
جازت الاقالة بالاقل لان الحط
يجعل بازاء ما فات بالعيب
وعندهما في

وله لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكانا في الاقالة على السواء فكذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة كفاية

كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي
حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف رحمه الله من ثبوت الاحكام
ما قيل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة
عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة
من الاحكام فجاز ان يتغير ويثبت في حق الاقالة واما الاقالة ثمن الحقائق
فلا تخرج عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل
نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة
لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ
على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط
لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا
لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض
والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة
الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع
لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط
شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا
من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون
محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان
الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاثة
ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة
وان تقايلا بالف درهم وخمسمائة صحت الاقالة بالف ولغي ذكر الباقي
وان تقايلا بالف الا مائة وان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغي النقص

وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد جعله بيعا
ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل
عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال
يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا
زاد واذا دخله عيب فهو فسخ
بالاقل لما بينا ولو اقال

ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت
الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما
احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن
وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر
بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا وقال بعض المشايخ تاويل المسئلة
ذلك هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون
بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه وعند محمد رحمه
وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا
امكن بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء والفرق
في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع
وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن
واقاله كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت
عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول
رد المختلف على المختلف والثاني غير صحيح لان ابا يوسف انما جعله فسخا
لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان
فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق
لما ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول
فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما
بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة
ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت
بعد القبض واما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة

ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما
بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ
وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل

والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن ...

ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يجوز الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي جائزة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيرها كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رح واما عند ابي يوسف رح فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا اجاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بايع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية ووجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قايما وصحت الاقالة ثم هلك القايم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قايم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا

وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله تعالى اعلم بالصواب

باب المرابحة والتولية

فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما ثمن في الاخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع من الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قايمين بل رد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما قايمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه يرد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الاخر اقلتك عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الاخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا

قوله لان كل واحد منهما مبيع فان قيل في التصارف ايضا كل واحد من البدلين مبيع ويجوز الاقالة بعد هلاكهما قلنا لان المعقود عليه في التصارف ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه الا يرى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا صحة الاقالة وان كان في العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهما لو كانا قايمين كان هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض

قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقله بالثمن الاول من غير زيادة وهذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض النسخ نقل ما ملكه بلفظ الماضي من باب التفعل قال صاحب التحفة البيع في حق البدل ينقسم خمسة اقسام بيع المساومة وهو البيع باي ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل ثمن الاول وزيادة ربح وبيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع التولية في بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان يسير منه ثم الدليل على جواز المرابحة نقل الامة في الاعصار في سائر الامصار من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى من يعتمد هو عليه في فعله فيطيب نفسه بما اشترى المعتمد عليه فيعتمد عليه فيشتري منه بما اشتراه وبزيادة ربح فيجوز مثل هذا البيع دفعا للحاجة الماسة ولهذا كان مبنى المرابحة والتولية على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها حتى اذا اشترى شيئا مؤجلا ليس له ان يبيعه مرابحة الا اذا بين الاجل

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ه

قوله بالعقد الاول اي بما ملكه لانه من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب قوله لما ذكر انواع البيوع التي ترجع الى جانب المبيع شرع في بيان انواع البيوع التي ترجع احكامها الى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسبة الى ذكر الثمن اربعة انواع المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق فيبيع باي ثمن شاء والمرابحة والتولية والوضيعة وهي البيع باقل من الثمن الاول ولم تذكر في هذا الكتاب لانه ذكر لا تقع الا نادرا لان الغرض من البياعات الاسترباح وقال في المجتبى خمسة وعد الاربعة المذكورة وزاد بيع المشاركة وهو التولية بعض المبيع ... لكن التولية المذكورة في الكتاب تشمله لانها اعم من ان تكون في الكل او البعض

موضعه وعرف المراجحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء كان جعل الربح من جنس راس المال الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى راس المال اجرة القصار والصباغ والطراز ونحوها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده والجواب عن الاول انا لا نم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يبقى للمالك

قوله او العكس اقول بان يكون راس المال دنانير والربح دراهم ... ولا يخفى ان ما نقله من ذلك الكتابين ... اتفاق على عدم اشتراط مماثلة الربح لراس المال ... على عدم شرطية مماثلة الثمن ... في الجنس

قوله والجواب عن الاول اقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ... والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان ... تعريف المال ... ثم اقول يمكن الجواب ... بان يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام فيه اي السلع او المراد بالعقد الاول العقد المعهود الذي انما نتكلم فيه

والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرايط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا ه

على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى راس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا بجعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسئلة المبسوط واما عن تعريفه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة

قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب فيه والبيعان جائزان لاستجماع شرايط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصيغة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي عليه السلام كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما يعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة في الاموال الربوية لذلك فكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط به قال ولا يصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا يصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا ان الحال مبناهما على الاحتراز عن الخيانة

او شبهة الخيانة قال علي كلما حرم حرم مشابهه

ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رض بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال النبي عليه السلام اما بغير ثمن فلا

ولا يصح المرابحة والتولية

لا يجوز البيع بلا ثمن فيه دلالة على انه

ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة فلا يصح ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما

وشرطنا الاحتراز عن الخيانة في التمثيلات ان امكن فقد لا يمكن التحرز عنها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل او الموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن العيني كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة ولا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقولك بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام

ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

فان اطلع المشتري

بينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين

فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رح

على بكذا ولا يقول اشتريت بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بالغرم وقد تحقق فيه العقد المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمته كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة بخلاف اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذاقة والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة

ولابي يوسف رح ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح

ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط
وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير
فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار
لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية و
الشرط بخلاف خيار العيب لانه
مطالبة بتسليم الفائت فيسقط
ما يقابله عند عجزه قال ومن
اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه
فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح
كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن
لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا رح يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير
صورته ح

من راس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة
ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان
ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة
رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها تكون
بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية
لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة
كما كانت من غير تغيير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك
لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث
فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة ممن قال بالحط كان له الحط ومن
قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار
لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك
او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل
الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري
ثم المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه
وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روى محمد في غير رواية
الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا
للضرر عن المشتري قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام
في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها
قالا رحمهما الله العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل
ثالث بان اشترى من مشتريه وقال ابو حنيفة رحمه الله شبهة

صورته اذا اشترى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول
قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث
ولابي حنيفة رح ح ح

ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف
السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا
ولهذا ح

للربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف
السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشترى من المشتري تأكد ما كان
على شرف السقوط وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا
على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد
ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كانه
اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة و
الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كالحقيقة
احتياطا في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم
فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على عشرة لان الصلح
مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة
وكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء
بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى
ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض
واجيب بان التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا
عن الخيانة على ما ذكر لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى
راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه
في شبهة الربوا لحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا
نقل من فوائد العلامة حميد الدين رحمه الله بخلاف ما اذا تخلل ثالث
لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني
فانتفت الشبهة قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا
بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر

ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة
فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره
قال واذا اشترى ح

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى
بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد بخمسة عشر
لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير
كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول

قال وإذا كان

فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه
من العبد لأن في هذا العقد أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة
العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقبل كون
العبد ملكا للمولى ولهذا كان له أن يقضي الدين ويستفيد بكسب
عبده ما صار من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز
فيها عن شبهة الجناية وإذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن
المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الأول وإنما قيد بالدين
المحيط برقبته لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا
لم يصح لأنه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك
التصرف هكذا قيد محمد رح في الأصل وكذا فخر الإسلام والصدر الشهيد رح
وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرنا

قوله وإنما قيده بالدين المحيط برقبته إلى قوله و
الصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي و
العتابي والحق قيده لما ذكرنا أقول وإنما [illegible]
إذ لا دخل له في [illegible]
بيعه مرابحة إلا على الثمن الأول وإنما قيده
لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه [illegible]
والصدر الشهيد [illegible]
بطلانه غاية البيان

قال وإن كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف إذا كان
مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من
رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن مبنى
هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة
عشر شبهة خيانة لأن هذا البيع أي بيع الثوب من رب المال وإن
حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر ففيه شبهة العدم ووجه
قول زفر أن البيع مبادلة المال بالمال وهو إنما يتحقق بمال غيره لا بمال
نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة
فإن فيه استفادة ولاية التصرف لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت
ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب

قال وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر
فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر
مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه
شبهة العدم

يحصل له

ألا ترى أنه

ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن
اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لأنه لم يحتبس عنده شيء
يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء
من الثمن وكذا منافع البضع

يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود وإذا كان مشتملا على الفائدة
ينعقد لأن الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه إذا جمع بين عبده و
عبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده
في عقده لفائدة انقسام الثمن وأما أن فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من
تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله ألا ترى أنه يعني المضارب
وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه وعلى هذا أوجب أن لا يجوز
البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان
فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لأن
ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة
في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك

قال ومن اشترى جارية فاعورت إذا اشترى جارية سليمة
فاعورت عند المشتري بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها أو وطئها
وهي ثيب ولم ينقصها الوطء جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه
البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن قوله ولهذا أوضح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله
الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء
من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها الثمن
وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها
ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيبا وما ذلك إلا باعتبار
أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري
وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها فإما أن يردها

وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء

وعن أبي يوسف رح

وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح
فاما اذا فقأها غيرها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن
وقد حبسها ولو اشترى

في صورة الاعورار
بسلامة المشتري
اذا الجارية
الجارية

مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد
عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها
ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطي
الى المشتري مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط الحد لا باعتبار
احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيع في فصل
الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله
وهو قول الشافعي رحمه الله بناء على مذهبه ان للاوصاف
حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية
او بصنع العباد واما اذا فقأها غيرها راجع الى اول المسئلة
وفي بعض النسخ فلما فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي
رحمهما الله يعني اذا فقأها المشتري عينها بنفسه او فقأها اجنبي
سواء كان بامر المشتري او بغير امره وجب البيان عند البيع مرابحة
لانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلانه
كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب
ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود
عليه فيمنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف رحمه الله تدل
بالتنصيص على اخذ ارشها وهو مذكور في لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا
لانه لما فقأها الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان
الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل
على هذا اطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر

ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره
وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه

نقل

بنشر المشتري
قال ومن اشترى غلاما

لانه صار مقصودا
بالاتلاف ولان
الاوصاف

93

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء
رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا
ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام

مرابحة
نقل المبسوط كذلك وكذا ان وطيها وهي بكر لا يبيعها
الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد
حبسها فلابد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض
فارة بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص هو
ابو البشر على انه بالفاء او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان
لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شيء من الثمن ولو تكسر
الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مقصودا
بالاتلاف وقوله والمعنى ما بيناه اشارة الى هذين الدليلين
قوله ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري
فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل
شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب
ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما
مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة
ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة
الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء
لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين واجيب
بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انها في مقابلة
السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني مدة كذا فثمنه كذا
بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك
في سلامة الاعضاء ذلك وتغيير المصنف رحمه الله الى هذا بقوله

السليم

اقول في الاشارة خفاء حق

والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الجناية فاذا ظهرت الجناية يخير كما في
العيب وان استهلكه

وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن **قال** فان كان ولاه اياه ولم يبين له رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه بعد ان شاء الله تعالى

ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قوله** وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف قال الفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قوله** ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك

وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال

قال ومن ولى رجلا

قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البايع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره

ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البايع في المجلس صح البيع وتخير المشتري ان شاء اخذها وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا ال العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه واما خيار المشتري فلخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية لجهل بالصفات وكان في معنى خيار الرؤية فالحق به **فصل** وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تضمنها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول وهو المراد بقوله يحول ينقل مستره به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال ولا احسب كل شيء الا مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا من الصحابة حديث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني

ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ

ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فقال محمد رح

رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفتُ فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد رحمه الله وان كان قبل القبض فان كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلط على قبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زايل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك عين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى قوله

ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع والا لامتنع واجيب بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرر بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة

وابي

وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلايل الجواز والاجارة قيل على هذا

وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فان اجارة العقار لا يجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه مال متقوم مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا علك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان قدر عليه بقضاء القاضي عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص للاجماع على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فيحمل على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعته

والاجارة هي قيل على هذا الخلاف ولئن سلّم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع
وهلاكها غير نادر
قال ومن اشترى ح

قال المص والاجارة قيل على هذا الخلاف اقول قال العلامة الكاكي وفي الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان في جواز الاجارة تمليك الرقبة فاذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا وفي العناية الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي المنقول وعليه الفتوى انتهى قوله لان المنافع بمنزلة المنقول واذا صح الفصل الصحيح عن الفصول العمادية انتهى قال ابن البزازي وانت خبير بان المبيع في مقام المنفعة ما قام به المنفعة انتهى وما ذكرنا يبعد الاشكال لا يجب عنه كما يوهم ظاهر عبارته سس

شيئا فلا شبهة حتى تقبض سلّمنا صلاحيته نهي عن بيع ما لم يقبض من
ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا
سلّمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام
بعد احتماله تناوله وآذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ
لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما هو فيه
تناولا فردا وآعلم اني اذكر لك يا شيخ في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى
على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول
وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تع واحل الله البيع لكنه
خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تع وحرم الربوا والعام
المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عليه السلام
نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ
اولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن
وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج
عن ابي هريرة رض ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغرر وبينه وبين
ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك احتمال
لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكما لم يتناول
العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد
ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض والله اعلم بالصواب قوله
والاجارة جواب عن قياس محمد رح صورة النزاع على الاجارة و
تقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح
ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة

فيه بحث فان لفظ ما لم يقبض يتناول العقار ايضا والعقل يخصصه بالمنقول سس

معلولا بغرر الانفساخ

قوله وان لم يكن وقع التعارض الخ اقول فيه تامل اذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روي مسندا الى الاعرج سس

قوله وبينه وبين ادلة الجواز اقول اذا كان مخصصا لادلة الجواز كيف يوجد التعارض سس

فاذا ملك

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة
لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك
للبائع والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باع

التحرز بترك التصرف

فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز
بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع
فيمتنع جوازها كبيع المنقول قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة او
موزونا موازنة اذا اشترى المكيل او الموزون كالحنطة والشعير والسمن
والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع
مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة
او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه
حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي عم
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري
ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون
فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار و
في الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى الكيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع
ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف رح لان
الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان
من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا
ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي
اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت ح
في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو
زائد على ما ظنه والزائد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه
ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة

بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له
لان الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة
المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل
من باب التسليم لان به يصير
المبيع معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله ح

كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع من التصرف على تقدير
وجوده لم يمنع التصرف فيما نحن فيه على تقدير عدمه اولا ويجوز فرض المحال اذا
تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا
لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البايع بحضرته لان
الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار
الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن
بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه
بما في الكتاب والجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك
انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول النهي ما عداه ورد بانه دعوى مجردة و
اجيب بان النقض قد مهد ذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي
جوازه مطلقا فهو مخصوص باية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه
ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار
انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على
انه معلول بذلك فهو في المجازفة معدوم فكان جايزا بلا كيل ثم في قوله
اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف
فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب
مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب
فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص ليلحق به
بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البايع وهو المشتري
الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البايع
والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل
البايع

مجانبه

97

ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح
انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين
على ما نبين في باب السلم ولو اسرى ح

من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو
كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه
اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل
اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء
وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه
جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين
واعلم ان في كلام المص رح ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة
اولا فيما اذا كان العقد ان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان
الصاعين بالحديث ثم ذكر في اخر المسئلة ان الصحيح الا يكتفي بالكيل
الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون عقد واحد بشرط
الكيل لان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد
الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقد ان بشرط الكيل فالاكتفاء
بالكيل الواحد فيها ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من
الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبايع في قوله
ولو كاله البايع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني
ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك
لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين
فانه يدل على ان في صدد الصدور اجتماع الصفقتين غير منظور اليه
فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان

ولو اشترى المعدود عدًّا فهو كالمذروع فيما روي عنهما لانه ليس بمال الربوا او كالموزون فيما روي عن
ابي حنيفة رح لانه لا يحل له الزيادة على المشروط **قال** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق
وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينهما بالتعيين بخلاف المبيع
قال ويجوز للمشتري الخ

كما في اول المسئلة وما سياتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلان هذا
واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبائع يقتضي ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا
كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيل من عزيمة والاكتفاء بالكيل
الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان مدفوعا جاريا على القانون
لكن لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدًّا فهو كالمذروع فيما يروى
عن ابي حنيفة رحمه الله لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز بيع الواحد
بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قد مر او كالموزون فيما يروى
عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الكرخي لانه لا يحل الزيادة الا يرى
ان من اشترى جوزًا على انها الف فوجدها اكثر لم يسلم له الزيادة
ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون
فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون **قال**
والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض جائز
سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون
حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان ياخذ بدله شيئا اخر
قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم
الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله عليه السلام
ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ
بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع **قال**
ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة
مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق

بنقل

قال ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن
ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد وعند زفر رح والشافعي رح لا يصح
على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه
فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط
لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع
فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ
ولنا انهما الخ

يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن الاصل
والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها اليه
ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع رجع
المشتري على البائع بها واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل
العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على
اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمنا لان بعد التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري
ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك
نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع
فلا يمكن اخراجه منه ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري
بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف
مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة
في الثمن تجعل الخاسر عدلا او العدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا
والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولانه التصرف برفع
اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولانه التغيير من وصف
الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في
اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقطا
او شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح
يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف
الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها

ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او
خاسرا او عدلا ولهما ولانه الرفع فاولى ان يكون لهما ولانه التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار
او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بالعقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه
كما مر فحط

بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة
عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة و
على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في
الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه

ثم الزيادة الخ

قوله فإن قيل لو كان حط البعض ملحقا لكان حط الكل كذلك اعتبارا
للكل بالبعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لأنه
تبديل لأصله لا تغيير لوصفه لأن عمل الحط في إخراج القدر المحطوط
من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود
ما يصلح ثمنا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لأنه إما أن يبقى بيعا باطلا
لعدم الثمن وقد علمنا اهتمامهما بتصحيح ذلك أو يصير هبة وقد كان
قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع
ولا يلزم من عدم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة
وعلى الباقي في الحط فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري
قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط
فكان الحط بعد العقد ملتحقا بأصل العقد كأن الثمن في ابتداء العقد
هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه أيضا في الشفعة
حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله وإنما كان للشفيع جواب
سؤال مقدر تقريره لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع
بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب إنما كان للشفيع
أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه تعلق بالعقد الأول وفي الزيادة
إبطال له وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله
إذا كان المبيع قائما وأما بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر
الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه إذ الاعتياض
إنما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة
لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج

ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء
يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا

يستند الخ

قال ومن باع الخ

49

قال ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من
عليه ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة
كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل

وكل دين الخ

البدل عما يقابله لكونه إسقاطا والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله
فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا وروى الحسن
بن زياد عن أبي حنيفة أنه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه
أن يجعل المعقود عليه قائما تقديرا أو يجعل الزيادة تغييرا كما جعل
قائما إذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان
العيب وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل
لإثبات الملك وإبقائه بطريق التجدد فلم يكن لإبقاء العقد في حقه
فائدة فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فيبقى والزيادة في المبيع
جائزة لأنها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من
الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن **قال**
ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما إذا باع شيئا بثمن حال ثم
أجله لا يخلو من أن يكون الأجل معلوما أو مجهولا فإن كان الأول صح
وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق الأجل بالعقد وبه قال الشافعي لأنه
دين فلا يتأجل كالقرض ولنا أن الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه
بالتأجيل رفقا بمن عليه لأن التأجيل إثبات براءة موقتة إلى حلول
الأجل وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلأن يملك البراءة
الموقتة أولى وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون الجهالة فاحشة
أو يسيرة فإن كان الأول كما إذا أجله إلى هبوب الريح ونزول المطر
لا يجوز وإن كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كما في الكفالة لأن الأجل
لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع
وقد ذكرناه من قبل يعني في أوائل البيع الفاسد **قال** وكل دين حال

وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والوصي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا

وهذا الكلام ح

اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال يتاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اى لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى فيكون وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التى امر الشارع بمباشرتها بقوله تع وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تع يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا لان النهي يعقب الامر وبهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما

وبهذا يخالف ما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله اعلم بالصواب

باب الربوا قال الربوا

قيل

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا

وعد ح

قيل لمحمد رح الا تصنف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربا المال اى زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه المسائل الربوية وفتح الراء خطا ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال الربوا في كل مكيل او موزون اى حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالعلة اى لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المص ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل جزؤه ومعنى الثاني بيعوا التمر والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبتين منها لا يجوز

وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم ح

والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين
التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب
اظهار الخطر والعزة وهو الطعم
لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء
الاموال التي هي مناط المصالح
بها ولا اثر للجنسية في ذلك
فجعلناه شرطا والحكم قد يدور
مع الشرط
ولنا انه

لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث
الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها و
رديها سواء كلام رسول الله عليه السلام يفسر بعضه بعضا فان قيل
تقدير بيعوا اوجب البيع وهو مباح اجيب بان الوجوب مصروف
الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت
ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات كذلك المراد الامر بكون البيع
على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين وعند
الشافعي رح قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث
الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الاخر حرام والحكم
معلول باجماع القائسين احتراز عن قول داود من الظاهريين و
عثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة و
النص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس و
عند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند
وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النسيئة فلو اسلم
هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة
وسياتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع
نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل
منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب و
في رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة
على الثبوت وكل ذلك اي وكل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر

ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن
التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به
ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا
والمماثلة بين الشيئين

كالشهادة في النكاح فاذا كان عزيزا خطيرا يعلل بعلة تناسب
اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به
والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر
للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل
ان العلة اي ما يتوقف بالتاثير والطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس للجنسية
اثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع
الشرط وجودا عنده لا وجوبا به ولنا ان الحديث اوجب المماثلة
شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما قررنا انه حال بمعنى مماثلا والاحوال
شروط ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لا حرمة الفضل
تحقيقا لمعنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة
والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل
من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين
اذا كان انقص من الاخر كان التناول مضيعا للفضل المقابل للفضل
او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان في النقدين
لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما
للاخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن
المقصد اذ المقصد بيان وجوب المماثلة بين العوضين في الابدان
المماثلة من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين
مماثلا للاخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون
نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا في الاخر واذا كان مثلا للاخر
يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه نفعا في حق الجانبين

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف

وللقائل ان يقول هذه الاوجه الثلثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في ساير البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفايدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة ليتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه وللقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل ان لم يوجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمه قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من ذرة من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى وللقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان رحمهم الله وما نحن فيه

قوله وللقائل ان يقول اي قوله لانها لا تنفك عن التقابل اي اقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تتميم الفايدة تم

قوله وللقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل اقول اذا كان مراده فوت شرط الحل واجماعا على ما يدل عليه الحديث فيلزم الربوا حرام لا مكروه تم

قوله ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة اقول فيه بحث فان الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكروه ما هو بدليل ظني كالفرض والواجب الا يرى ان المعاملة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق تم

قوله وللقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس اقول فيه بحث فان المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها تم

كذلك

ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا ولان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره

اذا ثبت هذا جئ

كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه في غيره تعدية فكان جايزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما يكون بالقدر والجنس يكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسر وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في الوصف او لان في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء قوله والطعم والثمنية جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا يرى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام في حالة الاضطرار فكيف تؤثر في حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا يكون

اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة

وتجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هو الطعم ولا تخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو ساع

المساواة لخلاص الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا **قال** ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجبت القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو بقيت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رح لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم يوجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين بلغ نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه

ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

لا يجوز

قال واذا عدم ع

قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما

لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية **قال** واذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمها لان العدم يثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسيئة مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيصه الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فايدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما يوجد عنده بانه صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انتزعت من الحقيقة يحتاج الى محل وعلة كالحقيقة

وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا

ولكن انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم ح

ولا يجوز ان يكون كلها وعلتها كل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة
او معارضة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة كل وشبهة علة وما
يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما
في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا
والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة
الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم و
النقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا في محل صالح لعلة
صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما
ما قيل ان كونه مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا
شبهة الشبهة هو الشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان
كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة و
الاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان
يكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل و
الثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة
والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة
غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة
مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل فالمصنف رحمه الله
لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل
بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلعم
جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رحمه الله
وبما روى ابو داود في السنن عن النبي عليه السلام نهى عن بيع الحيوان

نسيئة

الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالصنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز

نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التاويلات
منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النسا فلها
الاستدلال به اولى من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم
الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النسا في كمال العلة لا في شبهتها و
قوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الآخر
حل التفاضل وحرم النسا فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران
لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن
والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه
وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات
وهي معربة سنكترازو ونقل عن الفراء ان السين افصح ونقل عن
ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين واما الثاني فلان الزعفران
مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث
فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا
النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف
فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا وقبضه
المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في
الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فينزل الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة
واذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان
ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما
موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما بالاشتراك

فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه
الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قال وكل شيء نص ح ح

قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس
الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا
مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
وما لم ينص ح

اللفظ ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما
حقيقة وفي عبارة المتن تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا
صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى
وكذا الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صنعة كما قال في اول التعليل
في صفة الوزن فذاك اعتبار زايد على ما ذكره شمس الائمة وقال الواقعون
في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في راس المال
هو النقود فلو لم يجوز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في
الموزونات على ما هو الاصل والغالب فاثر الشرع الرخصة في التجويز و
هذا اظهر من الوجه قال شمس الائمة ولكن هذا الكلام من يجوز تخصيص
العلل ولسنا نقول به قال وكل شيء نص كل ما نص رسول الله
عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح
فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه
وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف
لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا
على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو
محمول على العرف لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما
وقعت عليه لقوله عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن وعن ابي يوسف رح اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا
لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في
ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة
في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك

وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه
ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت
فعلى هذا ح
فعلى هذا

فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا
لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها
قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب
ما يباع بها وزنا بخلاف ساير المكاييل
واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال
لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز
لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة
قال ح عند العرف

فعلى هذا لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا
كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح و
ان تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن
يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على اختاره الطحاوي لوجود الاسلام
في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه
ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن و
ذكر في التتمة انه ذكر في المجرد عن ابي حنيفة انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان
قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف
من والاواقي جمع اوقية كالثفية والاثافي قيل هي وزن اربعة مثاقيل
وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان و
المكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن
اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا
بخلاف ساير المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان ساير المكاييل
لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع
الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله
بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل
شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان و
نحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن
بالامناء والسنجات في كل وقت لانه يستمسك الا في وعاء وفي
وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا وعرفنا ان كل الرطل
موزون

قال وعقد الصرف ما وقع عليه على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه

قال موزون فجاز بيع الموزون به وا لاسلام فيه بذكر الوزن

وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة معنى التعيين كما نبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها اله له فهي كناية وبانه اذا لم يتقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كالحال والمؤجل ولنا ان ما سواه مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا يتعين في العقود قوله

ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به

ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة

ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رض عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليها بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الاخر وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا مجال لحمل العمل بعموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو بمعنى العين في المحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقكم في ان الاثمان لا يتعين واما الشافعي رح فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادي هاهنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض جواب

قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي اقول فمعنى الحديث والله تعالى اعلم بيعوا الفضة بالفضة قائلا كل منكم لصاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقابلين هاء وهاء سعد چلبي

قوله اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه اقول لو صح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطا في غير الاثمان ايضا اذ هاء وهاء مذكور في الحنطة بالحنطة الى اخره

قوله واما عنده فبالعكس اقول فيه بحث فان ما ايضا كذلك اذا كان شرطا عنده يكون التعيين ايضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا اتفاقا ايضا ممنوع عنده سعد چلبي

قوله الدال عليها بالروايتين

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار
فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفه فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين
باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل
باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا يتعينان فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما

ثم قوله ولانه اذا لم يتقبض في المجلس وجه ان المانع يتعاقب
بعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك
لان التجار لا يتفاضلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره
بعد ان يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين
لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس
بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت امثالا
في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب
بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت
فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع
فلا يعمل فيه اصطلاح الناس فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة
صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي رح فيه لوجود الطعم على ما مر
قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه
متفاضلا على اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع
فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين
باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى
الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية
قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد
الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا
واما الثاني فلانه لو جاز امسك البائع الفلس المعين وطلب اخر
وهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز فقبض البائع

الفلسين

ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود

الفلسين ورد اليه احدهما مكان ما استوفاه في ذمته فيبقى
الاخر له بلا عوض واما الوجه الرابع فيجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله تع وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت
باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم
ولايتهما على غيرهما فتبقى اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق
بينه وبين ما اذا كانا بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين
وبهذا انبني ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين
حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة
فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما ان
الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما وما يثبت
باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها
اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب
ان لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها
سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس ان تكون عروضا فاصطلاحهما
على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان يكون ثمنا باصطلاحهما
لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان
ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين
على الثمنية وفيه نظر لانه يناقض قوله ان الثمنية في حقهما ثبت باصطلاحهما
اذ لا ولاية للغير عليهما ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد
تثبت باصطلاحهما او بشرط ان يكون من سواهما متفقين على
الثمنية واذا بطلت الثمنية فالمعقود ما عروضا تتعين بالتعيين فان قيل

ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالى بكالى وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء

قال ولا يجوز بيع الحنطة

قال المص لانه كالى بكالى وقد نهي عنه اقول روي عن رسول الله عم انه نهى عن الكالى بالكالى قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وقال صاحب الفائق الكلاء ...

اذا عادت عروضا عادت وزنية فلهذا يبع فلس بفلسين يبع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المص بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد من لوازم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو وجه اما ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد قوله فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا يبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما جواب عما قال كما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالى اى نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن القسم الباقي لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانهما مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا اخر زايلة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما في الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظ وتبدل الصورة

واختلفت

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل وبيع الدقيق بالدقيق جائز متساويا كيلا لتحقق الشرط

وبيع الدقيق بالسويق ... ويجوز بيع الدهن ...

واختلفت المعاني فان ما يتخذ من الحنطة لا يتخذ من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك قال قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة اولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعليها ذكرتم في هذا النوع يثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا انتهاؤها بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني لم فان حرمة البيع لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني وتجويز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المساواة ومتساويا وكيلا بكيل قيل كان هذا تكرارا لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكون مترادفين وفايدة ذكر الثاني نفي توهم جواز المساواة وزنا كما حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رح متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء

وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رض لا متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصد قلنا معظم المقصد وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة

اي اجزاء المقلية وهي السويق واجزاء الحنطة وهي الدقيق

قال وكونه

حنطة غير مقلية والسويق اجزاء حنطة مقلية بحيث لا يجوز بيع اجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصد اذ يتخذ بالدقيق الخبز والعصايد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود منه ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصد وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها السوس المقلية هي المشوية من قلى يقلي اذا شوى ويجوز مقلوة من قلى يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها يتمدد من غير انقطاع والمسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة **قال**

ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما بينا ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه ع

قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصد اقول يقال مع انهما جعلا ههنا جنسا واحدا في الحنطة مع الدقيق ... وكذلك ... سعدي

التغذي

ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب

اي مسئلة الخل والسمسم

غير جائز عند محمد رح الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك تحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالخل اي الشيرج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بجذب قوة فيه فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الخل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير وهو ثفله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فيقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال يعني هذا ان الخل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة ان كانت في الشاة

قوله والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الخل اقول اي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل اي يظهر شموله اياهما عند التمييز سعدي

قوله وبهذا ان الخل والسمسم يوزنان الخ اقول يعني يوزن الخل الذي حصل ... فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي حصل في مقابلته ويعلم مقدار الثجير الذي يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فيعلم بمقدار الثجير ويعرف قدر الخل بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة فلعل المراد من توقف الوزن اياه في الحال هو هذا سعدي

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي رطبا أوكل تمر خيبر هكذا او بيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذلك العنب

الجنة فهو سلم في الحيوان وان كان في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة رح خاصة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال اينقص اذا جف فقيل نعم لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقوله فقال عليه السلام هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه عليه السلام سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة رح لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقل واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان يكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا يكون فيجوز باخره ومنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا

وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق

من اطلاق اسم التمر عليه وقد يثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا يثبت لما قيل ان القلي صنعة يعرض عليها الاعواض فصار كمن باع خبزا بقمح ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رح وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رح لانه يعتبر التساوي في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او باليابسة

وجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت هنا يظهر مع بقاء البدلين
على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين
المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر
ولو باع ح

او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القي
في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو حال الجفاف ومنزعه حديث سعد وابو حنيفة يعتبرها في الحال
عملا باطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف لانه ترك هذا الاصل في بيع
الرطب بالتمر لحديث سعد رض واحتاج محمد رح الى الفرق بين هذه
الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب
بالرطب حيث اعتبر المساواة هنا في اعدل الاحوال وفيه في الحال و
وجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء
البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه
في المعقود عليه وفلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا
كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى
المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو
لا يتبدل **قال** ولو باع البسر بيع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته
وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع
الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وبتشديد الراء وهو كم النخل سمي به
لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان
الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله والكفرى عددي
متفاوت قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر
في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر

ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر
اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قال ولا يجوز بيع الزيتون ح

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت او الشيرج اكثر مما في
الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه
من الدهن موزون وبهذا الاعتبار ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما
فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة
فيه كالحقيقة
والجوز ح

وبتفاوت احاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة **قال**
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت و
الشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو
تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة بين
الشيئين تكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن
ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز قفيز حنطة علكة بقفيز
متوسطة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز
بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما
بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون او لا والثاني لا يجوز لتوهم
الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا الباب والاول اما ان يكون المنفصل
اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل
عن المستخرج من الزيت والثجير وحده ان ساواه على تقدير ان يكون
للثجير قيمة واما اذا لم يكن كما في الكسب بعد اخراج الدهن اذا كان الدهن الخالص
مثل ما في الكسب من الدهن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة والاول جائز لوجود
التخلص وانتفاء الربوا والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه و
العنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول السمسم
مثلا يشتمل على الشيرج والثجير فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك
فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي
او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد
من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة
اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او الثجير منظورا اليه فقط

والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا
في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والغنم والابل فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز
والضأن وكذا العراب و
البخاتي وكذا البان البقر
والغنم

والثاني متفق عادة والاول يوجب ان لا يقابل التبر بشيء من الذهب
وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم
جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله حيث قابل كل واحد من الذهب
والتبر الى خلاف جنسه قلنا ذاك اذا كانا منفصلين خلقة كما
في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والذهب والتبر ليسا كذلك
واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن
ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد
وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن
لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان وبيع الغزل
بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا
يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه
انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب
الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس
والبخاتي والعراب والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم احدهما بالآخر
متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر
والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان و
عن الشافعي رحمه الله ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي
والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا
واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر
من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات
والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص قال ولا يشكل بالطيور ان بيع

وعن الشافعي رح انهما جنس واحد لاتحاد المقصد ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب
احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة وكذا خل الدقل بخل العنب لاختلاف
بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم
جنسان لاختلاف المقاصد

اللحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذاك باعتبار انه
لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي
مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة
قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل
الاجزاء بالصنعة فاذا انبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة
وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه
في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول
يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا انبدلت فلا
يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس
مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن
كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلف
الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في
الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال وكذا خل الدقل بخل العنب
الدقل هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا
حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام
على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما و
لهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز
وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر
متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة
في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود في اختلافه
يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال

وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

قال محمود بن محمد رح

الصلبة والمنسوج والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهما واحد وكان الجنس متحدا لأنا لا نسلم ذلك فإن لبن البقر قد يقصد حين لا يقصد لبن الغنم فلا يتحد القصد إليهما والأولى أن يقال غلب اختلاف المقصود فهو يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ولم نعقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول فإن الأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبدل بالصنعة وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الأصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد لما مر وبالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لأن المقصود راجح قال وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم بيع شحم البطن بالألية أو باللحم يجوز متفاضلا لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكما في كتب الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال

هو كما لا يقال لو اختلف الجنس إلا قول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى صار المختلفان في المقصود مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يصير المختلفان في الأصل متحدين في الجنس إذا اتحد المقصود منهما على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا وإذا علمت مراد الشارح رح ... سمعت ... لا ينبغي ... في جزئه الأول لكن لا يخفى ... الأبد

محتاجان

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رح أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رح وعليه الفتوى

وكذا السلم ...

كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة فإن كان الأول جاز لأنه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النفي لأنه نكرة في سياق النفي فيعم نفي جميع جهات الخير وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فإن كان الأول جاز لأنه أسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وإن كان الثاني جاز عند أبي يوسف لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر قال المصنف الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا أو عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لا ربوا بين المولى وعبده

وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رح لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتأخر والتقدم وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده

قال ولا ربوا بين ...

قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا
كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك المولى عند ابي حنيفة رح
وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال
ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب
خلافا لابي يوسف والشافعي رح
لهما الاعتبار بالمستأمن منهم
في دارنا

المأذون الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده
ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا
لعدم وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا
دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين تحقق الربوا لان
ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان
كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا
كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في
دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار
بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان
وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل
ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق
بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره
محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية
والمسلم المستأمن انما منع من اخذه بعقد الامان حتى لا يلزم الغدر
فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله قوله بخلاف
المستأمن جواب عن قياسهما وتقريره ان المستأمن منهم
في دارنا لا يحل لاحد ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل
تناوله بعد انقضاء المدة

باب الحقوق

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بما قبل

وكذا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق اخذه
المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان
يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه
بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف

والبيت والمنزل والدار

كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب
فيما هو من مسائله وهذا كذلك وقع فذكرها ههنا ولان الحقوق توابع
فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المبيوع قال ومن اشترى منزلا فوقه
منزل ذكر ثلاثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسرها بترتيب بان
على كل اسم ليتبين ما يحتاج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخوله
وعدمه فالدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه
والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب
قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى
منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتريه بتصريح بذكر
احدى هذه العبارات الثلاث ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر
احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها
ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان الدار لما
كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو
من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت لما يبات فيه والعلو
مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه لان الشيء لا يكون تابعا لمثله
وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف
المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا
ان يكون اللفظ الموضوع للشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة
لانه ليس بلفظ عام تناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من
لوازمه وليس مع الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك

والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه

والمنزل

والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل
الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه
وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في
اسم الدار يدخل الكنيف لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة

لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة
لانه تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه بغيره وانما لا يكر
فيما يختلف باختلاف المستعمل حذار وقوع التغيير به والمكاتب لما تحقق
بمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وهي كتابته عتقه
تسبب بما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان شبيها
لكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه
تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا
يدخل العلو في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت
يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل
في الدليل فيقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل
في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا
بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح
لانه من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد
طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات
في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب
وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب
الا بذكر ما ذكرنا وهو قول ابي حنيفة لانه مبني
على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار
يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا من العبارات المذكورة لانه من توابعه
فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان
للظلة لانه جعل المفتح في الدار قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا

ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما
ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف

ومن اشترى بيتا في

ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل فيه بذكر
التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة
ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة
المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع
ممكن بدونه لان المشتري عادة
يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه
من غيره فحصلت الفائدة
باب الاستحقاق

او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق
الا ان يذكر احدى العبارات الثلث وكذلك الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود ولكنه من التوابع ولم يدخل فيه نظرا الى الاول ويدخل
بذكر التوابع اي بقوله بكل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان
الطريق يدخل في استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الاراضي
وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع
ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير
والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب
والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره
فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منها واما البيع فلتمليك
العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض
السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق
والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد او يتاول المذكور
وقد يستاجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره
فحصلت الفائدة المطلوبة **باب الاستحقاق**
ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا
ومعنى **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية
فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها واذا اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق
ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة وطعقد اذا
اقامها ولم يخبر البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة

باب الاستحقاق ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة

قوله ووحد الضمير اي قوله اي وحد الضمير
في قوله ولشبهه اي في قوله بدونه وفيه
نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لكونه
للطريق يريده قوله لا يشتري الطريق
وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة
كما لا يخفى
سعدي

ترويه الوقف الى البينة لحجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها
فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته
بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد
واليه يشير المسائل قال القاضي
اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح
لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا
الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل
تحت الحكم بالام تبعا
قال ومن ح

بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها
وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام
الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار
اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق
من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البايع بالثمن ولا الباعة بعضهم على
بعض فلا يكون الولد له بقي اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد
كان له لان الظاهر له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضي
بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا قيل
يدخل لتبعيتها لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء
منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح
لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي
بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد
اذا كان في يد رجل غايب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

قال المص وقيل يشترط القضاء بالولد
اقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء
باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ
العقد الذي جرى بينه وبين البايع ولكن
يوجب توقفه على اجازة المستحق
وفي زيادة البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى
التمرتاشي ظاهر الرواية انه لا ينفسخ وقال
ابن الهمام وفي الذخيرة يجب اعتبار
في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب
توقف العقد السابق على اجازة المستحق
ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى و
اعلم ان المنقول ان البيع متى ينفسخ
قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء
والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على
بايعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له
بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بايعه
يجوز انتهى كلام ابن الهمام
ش

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل قال لآخر اشترني
فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البايع حاضرا
او غايبا غيبة معروفة واما ان يكون غايبا غيبة منقطعة لا يدري اين
هو فان كان الاول فليس على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري
على العبد والعبد على البايع وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل
فاني عبد فليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد
فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضرا

منقطعة ح

اي ان كان البايع غايبا غيبة معروفة

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا
غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو
على البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على حال وعن ابي يوسف ح

وعن ابي يوسف رح لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري
شرع في الشرى معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرى
ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه
على البايع دفعا للغرور والضرر ولا
تعذر الا فيما لا يعرف مكانه ح
والبيع ح

او غايبا اية غيبة كانت وعن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد في البيع
والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او
بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي
المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شراه على امره وقوله
اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية
فمن اقر بالعبودية غلب على ظن المشتري ذلك والمعتمد على الشيء
بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة
العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما ان المولى
اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه
فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم
بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا الغرور وقع في عقد المعاوضة والعبد
بظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه
على البايع دفعا للغرور ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله والبيع
عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما في قوله ان المشتري شرع
في الشرى تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص صحة
الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا لو ان الرجل اذا سال غيره
عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا
فيه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة
وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا
في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه

قال المص وعن ابي يوسف لا يرجع فيهما اقول
قوله فيهما اي في البيع والرهن وان كان في
قوله او قال ارتهني فاني عبد النهي عليك
علمه لنفسه فليتامل فانه يجوز ان يقال تقدير
الكلام اما في الرهن فبالاجماع واما في البيع
فلان الرجوع الا في الفصل للاعتماد على
الامر
ش

والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة
بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل
الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فيه فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول
المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته
ثم ما وضع المسئلة

ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة

قال المص وقيل هو شرط اقول تذكير الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تاويل الادعاء

قال ومن ادعى ح

ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد اما ان يدعي الحرية او لا والاول تناقض والثاني تنتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رحمه الله فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان كان المراد الاول فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج حق الله تعالى والدعوى ليست بشرط في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكنه تقرر فيه التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما ذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لثبوته على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم علم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث

قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت

قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لان فيما دونه امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستبدان بدل الخلع والكتابة بعدما اثبتتا البينة على ما ادعياه قال ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن الكل ولم يسلم فتنقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا يصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح وتقبل البينة

قال فصل في بيع الفضولي اقول مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن اشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطاء قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر

ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ

وقال الشافعي رح

وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا
ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول
بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن و
غيره وفيه نفع العاقد بصون كلامه
عن الالغاء وفيه نفع المشتري
فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه الوجوه كيف وان الاذن
ثابت دلالة لان العاقل ياذن
في التصرف النافع فلا ولها
الاجازة

عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما
يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة
الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب
القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك فمن قبيل اضافة العام الى
الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما تصرف تمليك ولم يتعلق تمليك
لان التمليك من غير الملك لا ينعقد فان قيل تصرف التمليك
شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم
يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بعد دليله
وهذا التصرف لما كان موقوفا لم نذكر افادة حكما موقوفا كما ان
البيع البات افاد حكما باتا اذ ان السبب انما يلغو اذا خلا عن
الحكم فاما اذا تاخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من
الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان
محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم
المالية والتقوم الا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل
غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي
لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك
لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة
والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن
واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري
فظاهر فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان
قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجدا اجاب عن ذلك منكرا بقوله

قال
حكما
كيف

كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف
النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر
في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن
حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم الا ترى ان
بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما والجواب
ان قوله عليه السلام لا تبع نهى عن البيع المطلق ينصرف الى الكامل
والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على
التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي
في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط
قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي
عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه بالكوفة
فقال لو اشتري لنا اضحية اعطاه دينارا اشتري به اضحية
فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار
فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى
ترابا لربح فيه فالعمل عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء
لانه دعوى بلا دليل فلا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه عليه السلام
امره ان يشتري له اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل
يجوز شراء الفضولي ام لا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان
قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت
منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك
بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة

لا يقال
كبيعه

قال والاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض

فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقول الاجل فلان يحتمل الاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه اشار المص بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة قوله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض في الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا الحق من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل

هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة

ولو هلك المالك ح

الاجازة

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

اولا اذ الظاهر ما وجد ح

حال وهو صحيح

الاجازة باطل لان حقوق النكاح لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عليها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطر للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم يكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حيوته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قبل

استشكل بها

قوله وهو قول محمد لان الاصل اولا اذ الظاهر بقاء ما وجد ش

لم يتيقن ح

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة يثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح الاعتاق بعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع البيع وكذا اه

جرت المحاورة في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك هنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الاخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل الدال عليه بلفظه لما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف بفروع تونس ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن ينفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذا فلان

وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب بما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح متعلق بالمشتري

لا ينفذ

120

وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك وكذا

لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه يثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وهذا التعليل لا يتم بادعاه فانه يرد عليه ~~انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك~~ ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك بما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا

قوله ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفا اقول يعلمها بقوله لا عتق الا في الجواب ثم تعليق بالحديث ان المراد بالعتق النافذ وهو عند نفاذ العتق ما لكه ملكا تاما وان عم العتق النافذ وغيره بعم الملك ايضا كذلك فلا يضاف المسائل

قوله وهذا ابعد من الاول اقول لان الاول البائع مالكه لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن

قال وان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت
الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه

وبهذه الحجة ح ح

غير موجود في حق المالك بل يوجد في الفضولي والمنع انما يكون
بعد الوجود اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري
ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات و
الموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون
بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا
في ان طرو الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك
المالك طاريا حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى
الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى
الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ
بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ
وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف
وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة
الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم
فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا
انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز
كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من
وقت العقد قال واذا قطعت يد العبد اذا قطعت
يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها
ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة
قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد
وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المغصوب منه

قوله والمنع انما يكون بعد الوجود اي اقول فيه العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله اي بعد وجود التعارض ومنه نتنبه لا فيع نظر الشارح فتنبه حسن

قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع اي اقول وفيه بحث فان توجه السؤال من حيث الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على احد لا يحتاج اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد حسن

قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى اقول الوقف كتحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد وتعلل الاولوية من حيث لزوم الوقف تحتاج الى امور غير لفظ وقفت بخلاف الاعتاق حسن

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا
كان في البيع خيار للبايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا و
بخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرى على ملك
موقوف لغيره ابطله واما اذا
ادى الغاصب الضمان ينفذ
اعتاق المشتري كذا ذكره هلال
وهو الاصح قال وان قطعت ح

لا يستحق الزوايد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق
كحكم ملك المكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة
الملك ولهذا استحق الزوايد المتصلة والمنفصلة وقوله في كلام
المصنف مضاف اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك ليساوي الكلام
على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك
والغصب يفيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبايع
جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب
فيه غير تام فان قوله على ان بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران
الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل
العقد ولكن يعتبر في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم
قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة ووجهه
ما قال لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف
لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد
وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان
ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي يثبت للغاصب
باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف ان
طرو الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا للموقوف
لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي مع ان
ملك المالك بات فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك
واجيب عن الاول بان نفس ثبوت الملك للغاصب ضرورة
الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف

قوله ولهذا استحق الزوايد المتصلة الى قوله هذا كلام صاحب النهاية حسن

قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب بعيد اقول بل يفيد الغصب بنفسه حكم الملك حسن

قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان الى اقول انما كان لانه لو ملك الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان المالك ببيع او هبة او ارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فابطله كذا في فتاوى الامام التمرتاشي في باب بيع عبد غيره سعد حلبي

وهذه حجة على محمد رح والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت
يده واخذ الارش ثم رُدّ في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد

فاذا ارتفع بالاجازة يثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء، فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون
الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب
فان لم يسلم له البيع اخذ جميع ذلك منه لان ملكه يتقرر فيها و
الكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب
عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك
المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر
الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها
من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب
يثبت ضرورة على ما عرف فهي تندفع بثبوته في وقت الاداء فلا يملك
الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف
حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا بالشرط لا سيما في وقت وجوده
لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه
فانه يعتبر سببا في وقت وجوده متأخرا حكمها الى وقت الاجازة فعندها
يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من
الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يعتبر كأنه وجد الان فلا يثبت حكمه
الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري حجة على محمد رح
في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من
الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك
عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه
كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش

وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف
الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
قال فان باعه المشتري

ثم رُدّ رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد
المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت
الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا
كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع
خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية
وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ
عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون
وجه وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل
وهذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه
لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة
والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن
يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع
اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب
الربح الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون
الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في
ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير
موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان
ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على
الاعتبارين **قال** فان باعه المشتري من اخر يعني ان باع المشتري
من الغاصب من شخص اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني

قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعتد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف

لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرء على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لابطال الغرر بحرم فيرجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول لم يملك حتى تطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لانه لا يؤثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعتد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع

البيع الصحيح لان الملك للمشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

قال ومن باع عبده

قال ومن باع عبد غيره بغير امره فاقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري

قال رضي عنه

قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اردّ البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يامر البائع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبتني على صحة الدعوى فان صحت الدعوى قبلت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع ملك المبيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امر دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك المبيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك يتحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المص رح مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع انه يقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة

قال رضه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

قال ومن باع دارا

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى

باب السلم

في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري وكلتا مسئلتان انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا تناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف رح على ما قررناه

وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك له وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له انه في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فوضناه اليه

قال ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير اذنه وادخلها المشتري في بنائه قيل يعني قبضها وانما قيده بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البائع اي قيمة الدار عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار على ما سياتي ان شاء الله تعالى

باب السلم لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها

قبض

باب السلم السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة فقد قال ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول اية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الاية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقيا

قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع تعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الاخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والاخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه سنذكره في اثناء كلامه ان شاء الله تعالى قال السلم عقد مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رض اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول اية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم الاية فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلت عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به وقوله المضمون صفة مؤكدة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا او معناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله عليه السلام انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم

والقياس وان كان ياباه لكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه فلا يمكن

قال وكذا في

قوله وهو يقتضي الجواز اي اوجب فان وجوب الوصف شرعا يقتضي جواز موصوفه شرعا هذا هو مراده ظاهرا

جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب يقتضي الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رح وبهذا الاختلاف فيما اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو ادائهما من الاثمان لا يمكن تصحيحه لانه لا يكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون تصحيحا قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما دلالة وبهذا التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

وكذا في المعدودات

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان

مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع فالجواب انا لا نسلم صلاحيته لما ذكرت للتخصيص لان الحوال شرط له وهو ليس بموجود فسلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت احادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس وانه يغلب بن وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب من المتفاوت تفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف رح ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة رح ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره واصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما

وكذا ان المقدار مرة يعرف بالعد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما فلا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل

قال ولا في الحيوان

قال ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن و
النوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت
فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما
يتفاوت الثوبان اذا نسجا
على منوال واحد وقد صح

لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية
صارت مثمنا فيتعين بالتعيين فيجوز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا
في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس
قول الكل وهذا القائل يجيب في الفرق لمحمد رح بين البيع والسلم وهو
ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم
يتضمن ابطال الاصطلاح في ضمنها فصار مثمنا وليس من ضرورة جواز
البيع كونه مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام
على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في ضمنها فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد
بالاثنين قال ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون
مطلقا او موصوفا فالاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا
خلافا للشافعي رح هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن
كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمين والهزال
والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي عم
امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عم
استقرض بكرا فقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض
ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان مستويين في الاوصاف
المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي
الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع
العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء
البعير ببعيرين كان قبل نزول اية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا

بين المسلم

وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال
ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود
عددا ولا في الحطب

بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل
الالات من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا
في ذمة رسول الله عليه السلام بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة
حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة
الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير
والحمامات التي تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز
السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون
العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج
بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف و
المتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد ابن
الحسن رح ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رض دفع مالا
مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب
في قلايص معلومة فقال ابن مسعود رض اردد مالنا لا نسلم اموالنا
في الحيوان وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلايص كانت معلومة
فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف رح لان الدليل المذكور بقوله
ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال
على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة
قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف
الحيوان كالرؤس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب
والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها
تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة

قوله فنقل الالات اي بعض الالات المحتاجة في تجهيز جيش الاسلام من الخيل و
الجمال وغيرها فكان ذلك الحكم وارضه شرائطه منهم

قوله لا يقال في كلام المصنف رح اه اقول
ينبغي في قوله في الحيوان ثم اقول فيه شيء
لان ان يقال في قوله شارح ... الشارح
في كلام المصنف اعتراض
سعدي

ولا في الحطب جرزا ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فح يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي

ولا يتوهم انه يجوز وزنا لعينه عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الوقاية وان بيع الجلود وزنا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة ح ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاء وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز لانه اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي رح على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه السلام شرط الصفة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا الحجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا

وقال الشافعي رح يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله ع م لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل

ولو انقطع

ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض **قال** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في

كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم ولا مانع عن الجواز اجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك يشك ورد بان الحياة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب ووجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني اذا كان المسلم فيه موجودا حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طار على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر فيما هو المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع وكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا **قال** ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت ووزنا الى ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري الا كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور

ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول

السلم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار التي يقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة ردية وهو المقدد الذي فيه ملح والمعتبر قول الراجز بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يوخذ بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة لغتها قوله ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فتفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة رح لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كساير الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل قال قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجه التامل ولابي حنيفة رح طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود

بقلة

وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان في المثل بدله صورة ومعنى والقيمة لا تماثله من حيث الصورة اصلا ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز

يتفاوت ما ليس بمقصود الاخرى انه يجري المماكسة بين البايع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدري انه عند المحل على اي وصف يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قوله ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين بخلاف الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا يفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رح استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال انه مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام الى اجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر قال قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان

قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه

ولانه شرع

ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلابد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان
قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فيبقى على النافي **قال** ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان
الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم
والاول اصح ولا يجوز السلم

رخصة العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل
سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة
في التقدير في الاجل لامكان العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لان
قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة
ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم
لا لبيان الاجل فلا يتناوله ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس
اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع كذلك لا بد وان
يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له
والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه
اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا
دفع فلا مرخص فيبقى على النافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل
فيسلم والا لادى الى النزاع المحوج للمفلس وعاد على موضعه بالنقض
فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة
اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته
امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبنى عليه
بهذه الرخصة كما في رخصة المسافر قوله ولا يجوز الا باجل معلوم
اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما لما روينا والمعقول
وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة
وذاك يؤديه الى بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر
استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه
قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر داخلا في حكم العاجل

كان الشهر

ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم
فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط
كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه
كذا عن ابي يوسف رح قال ولا في طعام

كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره الحدين
ابي عمران البغدادي رح استاذ الطحاوي وحمله اصحابنا على اعتبار الخيار بالشرط
وليس بصحيح لان الثلاث ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه
فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان
مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما
في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه
مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان **قال**
ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا
بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما
يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال
اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول
القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر بعينه
في اول البيوع ان البيع الذي هو يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز
لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا
ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب او نحوها
اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاء لان فعليلا بفتح الفاء
ليس من ابنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى
المنازعة الا ان ابا يوسف رح استحسن في قرب الماء وهو ان يشترى
من سقاء كذا وكذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل **قال** ولا في طعام
قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او
ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم فتنتفي

قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام
حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية فلان لبيان
الصفة لاباس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة
قال ولا يصح

القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله عليه السلام حين سئل عن السلم في تمر
فلان اما من تمر حايط فلان فلا ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم
قال ا مال اخيه ولا خفاء في كونه منه دم بيانا بجريان التعليل
لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به راس
المال اى لو لم تحصل الثمرة فباى طريق يحل راس المال للمسلم اليه ولو كان
النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اى لبيان ان صفة تلك الحنطة التى
هى المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارا و
البساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمراني ليس باعتبار ان
يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة الحنطة
الخشمراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة
وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة
الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب
الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة
او بغيرها يسمى هرويا ولذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة
في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة
هراة ما ينبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان
كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وتوهم توهم الانقطاع حتى لو
كان لبيان الصفة عاد كالاول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا
الا بسبع شرايط صحة السلم موقوفة على وجود سبعة شرايط عند ابي حنيفة
وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة
او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب

المالبخس قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرايط جنس معلوم كقولنا حنطة
او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية
وصفة معلومة

وصفة معلومة كقولنا جيدة او ردية ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل
معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه ما بينا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج
الى تسمية راس المال اذا كان معينا
ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع
العقد فهاتان مسئلتان ولهما المسلم فيه

الى البخس وهى الارض التى يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من
الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا كيلا
بمكيال معروف او عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك
من المنقول ما رويناه من قوله عليه السلام من اسلم منكم الخ ومن
المعنى الفقهى ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه
فمعرفة مقدار راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل و
الموزون والمعدود وتسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان له
حمل بفتح ومؤنة ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال
فهذان شرطان للصحة عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رض
خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه
الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة
في الاجارة واشير اليها جاز وان لم يعرف مقدارها فكذا ينبغي ان
ان يكتفي بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان
راس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه
ولابي حنيفة رح انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس
فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي وحقيقته ان الجهالة قدر راس المال
يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا
وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد
بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض
السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها
وقوله او ربما وجه اخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز في تحصيل

ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد
بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي
او ربما لا يقدر

أو ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه
مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره
ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار
أحدهما   ولهما في الثانية أنها

الحنطة والشعير

ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال

المسلم فيه وليس لرب السلم إلا رأس ماله وإذا كان مجهول المقدار
تعذر ذلك فإن قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص
أجاب المص رح بأن الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي
إذ القياس يخالفه ألا يرى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم
هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل
أكثر من نصف يوم فإن قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة
لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك
وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس
الرد أيضا محتمل والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم
إذ لا يخفى من الموهوم هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لأن كلا
منها مبني على وجوده زيفا والأول أظهر قوله بخلاف الثوب
جواب عما قاسا عليه من الثوب وتقريره أن الثوب لا يتعلق
العقد على مقداره لأن الذراع في الثوب المعين صفة ولهذا
لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا
لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وإنما هو فيما
يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن
والأجرة لأن دليله يتضمن ذلك فإن البيع والإجارة لا ينفسخان
برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع
الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كر حنطة
وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة
لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته

الحزر

ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يزاحمه
مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر وصار كالقرض والغصب
ولأبي حنيفة رح

الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز
لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم
دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه
لا يجوز عنده لأن مقدار أحدهما إذا كان مجهولا بطل العقد في حصته
لعدم شرط الجواز وفي حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصته
الآخر وعندهما يجوز لوجود الإشارة وما في المسئلة الثانية أن مكان
العقد يتعين للإيفاء لأن العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان
كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فإن التسليم يجب في موضع العقد
ولأنه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأول
أوقات الإمكان في الأوامر فإن الجزء الأول يتعين للسببية
لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب
في تعيين مكانهما للتسليم ونوقض بما إذا باع طعاما وهو في السواد
فإنه روي عن محمد رح أن المشتري إن كان يعلم موضع الطعام فلا خيار له
وإن لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار
وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر
كما في بيع العين فإن من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله
يفسده عنده اشتراطه المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه
والجواب عن النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع
حاضرا والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وهو حاضر في مكان
العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لأن فيه قيدا لم يذكر
في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة

الصفقة

قوله لأن العقد الموجب للتسليم إلى قوله ولأنه لا يزاحمه أقول والفاء عندي أن الجمع بدليل واحد ... الآخر ...

ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة
فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة
الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل
على عكسه لان تعيين المكان
قضية العقد عندهما وعلى
هذا الخلاف الثمن والاجرة
والقسمة وصورتها ح

فاذا جرح يخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن
بالمبيع والاجل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة رح ان السلم التسليم
غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليم غير
واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام
انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون
الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه
مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق
بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال أرأيت اذا عقدا عقد السلم
في السفينة في لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول
الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين
للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم
الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع
يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة
الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان وعن هذا
اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ
ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة
والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده
بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعيين المكان قضية
العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف
في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف
فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة

[illegible]

وصورة

وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن
والاصح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الدار
ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع
لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع
وذكر ح

قال المص لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه اقول هذا الابهام لما ذكره ابو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتامل

اي تعيين مكان العقد للايفاء

وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة
يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان
العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة
لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارة وصورة
الاجرة استأجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة
يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار
مكانها وفي الدابة يسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما
دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا
او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا
لهما ويتعين مكان القسمة قوله وما لم يكن حمل ومؤنة لا يحتاج
فيه الى بيان مكان الايفاء قد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم
منه ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي
لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه
بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط
لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد
للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع والبيوع الاصل يتعين لانه
موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان
شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء واليه اي لانه لا يختلف باختلاف
الاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز
ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال
ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه

وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو
عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له
حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا ولا يصح السلم ح ح

ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن
دين بدين وقد نهى عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم
راس المال لينقلب المسلم اليه
فيه فيقدر على التسليم
ولهذا اي

لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة
وقيل يشترط وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة و
قيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة
وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ و
لم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال
ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا
بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل
ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا الا اذا ناما او مشيا
فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا من غير قبض فاذا افترق كذلك
فسد اما اذا كان راس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين
وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان
عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان
عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون
الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها
عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان
والقياس جوازه لان العوض يتعين في العقود فيترك شرط التعجيل
لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد له من تسليم
راس المال لينقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم
ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار

ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا
من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه
لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رح
وقد مر نظيره
وجملة الشروط

الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا
من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما
كان مانعا من المبني عليه فهو مانع من المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار
الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب
بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته
فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته
لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند
الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما يتناوله العقد فينفسخ قيل
فيه اشكالات احدها ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال
او المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في راس المال
صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب
لانه في بيان اشتراط قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار
في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك وكان اجنبيا والثاني ان المبيع
في الاستصناع دين وفي بيع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب
عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود
الى راس المال وهو ان كان دينا في الذمة تسلسل ولا يفيد وان كان
عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني بانا لا نسلم ان
المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما يجيء في الاستصناع
بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة
وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب
السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون راس المال

وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء
والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم
في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد
لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بيناه

فاما اولا فان كان الثاني لم يقع العقد بالاسقاط لان ابتداءه براس مال هو دين لا يجوز وكذا الخامسة باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب انه تناقض فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد قرر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قوله وجملة الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام راس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تاجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما تقدم وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق ام نص ابتداء او اضاف اضافها الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعلا المائة من راس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان البائع مبيعا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النقد

وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

قال ولا يجوز

قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة ولا التولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه قبل قبضه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مائة منها دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما

قال ولا يجوز التصرف في راس المال لا يجوز التصرف في راس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولان المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا باس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى فراس المال ان كان منقولا جاز ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا اخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه يولي غيره ما تولى فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف بل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن

وصورة الشركة ان يقول رب السلم لاخر اعطني نصف راس المال حتى يكون شريكا في المسلم فيه كذا في ...

وصورة التولية ان يقول رب السلم لاخر اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك كذا في ...

اقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الا سلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله او راس مالك

وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من
كل وجه وفيه خلاف زفر رح والحجة عليه ما ذكرناه
قال ومن اسلم في

ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى وإذا ثبت شبهه
بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه فإن قيل
إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء
أجاب المص بقوله لأنه أي لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من
كل وجه لأنه بيع في حق الكل والإقالة بيع في حق الثالث لا غير وليس من
ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني ما بالضرورة و
المثبت بالبينة وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز
عن الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا
يشترط القبض والتأمل يقضي بأن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار
معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد
لكن المص دفع وهم من عسى يتوهم نظرا إلى كون رأس المال وجوب
قبضه ولو أبرز ذلك في معرض الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث
لا يجب قبضه ولو تمسك برأس مال لو وجب كان أذوق على طريقة قوله
في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى العربية وهي
طريقة قوله ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم بهن فلول من قراع
الكتائب قوله وفيه أي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعا خلاف
زفر وهو يقول رأس المال بعد الإقالة صار دينا في ذمة المسلم إليه
فلما جاز الاستبدال كسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه
ما ذكرناه من الحديث والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل
الأجل رجل أسلم في كر حنطة وهو ستون قفيزا فلما حل الأجل اشترى
المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء

حتى لو هلك

قال ومن اسلم في كر فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه
قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه
جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض
المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء
البيع لأن العين غير الدين حقيقة
وإن جعل

حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من رأس مال المسلم إليه
وإن أمر أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم قبض لنفسه فاكتاله له ثم
اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الأول صفقة
المسلم إليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم فلا بد من الكيل
مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان
وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية
قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في قوله والسلم
وإن كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع رب السلم كان
سابقا على شرى المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعا
بعد الشرى فلم يتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي وتقريره
القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق و
قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لأن المسلم فيه دين في ذمته
والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حكم خاص
وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى ما وراءه كالبيع فيتحقق
البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من
تكرار الكيل وإن كان الكر قرضا فأمر المستقرض المقرض بقبض الكر ففعل
جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة ولو لم يكن إعارة
لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في
القرض لأن التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض
مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل وأمر
رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر فأمر

وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وإن لم يكن سلما
وكان قرضا فأمر بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود
عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان
قال ومن اسلم في

قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا، لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا، ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره

رب السلم رجل اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غائب ولم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قبضا، فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الآمر اذ حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لانه قد صح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله الا ترى توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امره ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد تقدم قبيل باب الربوا ولو امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها

وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشرى من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري، ولو امره في الشرى ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده وكذا ما يقع فيها، وكذا لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا

واذا اجتمع

واذا اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار، وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر

واما العين

وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشترى فيها فلا يخلو البائع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يبذرها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والجنس اتصلا بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر واما العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة رح فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأذونا به وفي عبارة المص تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به.

واما العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رض فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

قال ومن اسلم

قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب

جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية باليمين فيكون الدليل اتم من المدعى ولا دلالة للاتم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة المخالفة فكانه قال ولا نسلم ان هذا الخلط رضى به حتى يقول لجواز سند المنع كاستقام الكلام عنده وعندهما المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قال** ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين قائما فلا يرد ما قبل الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقطت بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث تبطل الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظ لا يحتاج الى شرح **قال** ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في [illegible] السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا

ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه

قال ومن اسلم

قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تع

ولو قال

على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظ فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظ من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظ شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظ اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة فاستحسانه لكن يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فلم استحسانه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المنكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فهو منكر صورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه لم يذكر محمد رح في الجامع الصغير والمتاخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول قول رب السلم

ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه
متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع
في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه
فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة
او هو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره
وزيادة ع
وقال المضارب لا بل شرطت لي
نصف الربح فالقول لرب المال
لانه ينكر ح

عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما
القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة قوله وتنوزره من بعد
نريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته
تسامح لانها يستعمل للبعد والمطابق وتنوزره ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم
لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل قال قيل
لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه
له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو
القياس اجاب المص بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد
فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم
يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا
بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن
وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح
فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة الا انه ثبت ذلك
وليس يطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان
يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما
لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة
كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة
وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب
المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح
القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم

او رب المال
لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي
عقد الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا
بخلاف مسئلة ح

او عقد المضاربة
بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى
استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه
بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما
للمنكر وان انكر الصحة قال مخوره ح

عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه
وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين احدهما ان الظاهر
من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد
التزام بشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد
اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد
الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل
الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت
شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع
لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد
يستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل
وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان
السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو
تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد
عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف
معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر
والقول قول المنكر وعبر المص رح عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد
لا ينقلب عقدا آخر وعن عدمها بعدم اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف
فان قيل بهذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت
لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لك
نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف
فيكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب

قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه اقول لشرائط العقد او لشرائط الصحة الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط الصحة والثاني غير مسلم

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن

ولا بأس في

ان العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل
واحد وههنا قد ورد عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت
نصف الربح ما يدعيه وينفي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك
انكار بعد الاقرار لان المعطوف يغاير المعطوف عليه كما اذا شهد احد
الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي و
الاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة
وهو المضارب كما في السلم وهذا الكلام لمحقق هذا الكتاب وجه المعلل
دفوعه قال ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز
اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة
يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان
ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه
ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض
ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت
حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما
في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي انه اشترط
الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة قال ولا يجوز
السلم في الجواهر ولا في الخرز العددي الذي يتفاوت آحاده في المالية
كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه
الى النزاع وفي الذي لا يتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا
كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم
لانه مما يعلم بالوزن ولا تفاوت في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن

والآ

ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع

والآجر اذا شرط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمي الملبن صار
التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلتحق بالعددي
المتقارب وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه قوله ح
هذه قاعدة كلية تشتمل على جميع جزئيات ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز
وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا يضبط صفته
ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس كقولنا كل انسان حيوان
الكلي ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر
الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب
عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار
بقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وهو كان
مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان
ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع
اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فيتقدم
الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا بأس بالسلم
في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيه شرائط السلم
والا فلا خير اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي قال وان استصنع
شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل و
في القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة و
المعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى
لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع

قوله احدهما انه عكسها ... الاول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لانتفاء الشرط فتأمل

جاز وهذا كله هو الصحيح وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو
الاصح وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه
الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما
الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرار
بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب
لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف
ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل
يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير
سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته
ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد
فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان
الحمل على السلم اولى اما الاستصناع هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول
اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع
الدراهم او بعضها او لا يسلم وهو لا يخ اما ان يكون فيما فيه تعامل
واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم
وخفين اولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول
يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم
وقد نهى رسول الله عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل اليه اشار بقوله بغير اجل

اي مما تقدم من طست او قمقم او خفين او غير ذلك

قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي
القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما
والمعقود عليه

وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر
الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس
يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فانه في التي الناس تعامل
وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر
الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه انه هل هو بيع او عدة
والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا رح وكان
الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به
مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة انه سماه
في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان
ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك
ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا
بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل
منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض و
لم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع
محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح
ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما
كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر
النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز
الصلوة لئلا يتضاعف الواجبات كذلك المستصنع المعدوم جعل
موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه
هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه

والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح
قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع
كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح

وعن ابي حنيفة رح

اي المستصنع

هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول
المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض
بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يبطل بموت احدهما
وذكر في جامع قاضي خان واجيب بان للاستصناع شبها بالاجارة
من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان
المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت
احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان
واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع
فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل
والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان الصبغ
اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت
على العمل في عين المستاجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك
للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل
اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار
المستصنع حتى لو باع الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز و
هذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون
العمل وعدم تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في
كل منها على خلاف ذلك قوله وهو بالخيار ان شاء اخذه و
ان شاء تركه اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان
شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم

ولا خيار

اي للصانع والمستصنع

وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم
وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات
الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز
وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن
اعلامه بالوصف ليمكن التسليم
وانما قال

اي الاستصناع

ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه باع ما لم
يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن
ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا
للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم
واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا
اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله وهو قطع الصرم و
غيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه
بمثله الا ترى ان الواعظ اذا استصنع منبرا لم ياخذه فالعامي لا
يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب
بجواز ان يكون الرضاء على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما
علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك جهل منه وهو لا يصلح
عذرا في دار الاسلام اجيب بان في يد المستصنع اختيار بعض
المتاخرين من اصحابنا ولا يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام
علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في
الفرائض التي لا بد منها لاقامة الدين لان في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين
وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت
فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار بطل
خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض
التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل
فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن
معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة

قوله وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اقول ذكره قبل
اسطر وهو قوله لانه باع ما لم يره

قوله اختيار بعض المتاخرين اقول بل هو جواب الرواية
عن ائمتنا الا انه لا منافاة بينهما فتامل

قوله وفيه نظر لان غير الاب اقول لا يخفى عليك
ان حاصل هذا النظر التكلم على السند الاخص وانه لا
يجدي نفعا

وأما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند ابي حنيفة خلافاً لهما ولو ضرب
فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته
ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح
انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم
الاستصناع نوع شبهة
فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

احترز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه ح يكون سلما عند
ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير
سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور
على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان تفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما
لان ذكره ح للفراغ لا للتأخير في المطالبة بالتسليم وحكي عن الهندواني
ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما
وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا
صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة
للاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما
لان اللفظ حقيقة فيه وهو محكم المحل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما
لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع
المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وتقريره
لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز
الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه
بالاجماع بلا شبهة وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان
في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية
المداينة والسنة دون الاستصناع **مسائل منثورة**
اي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم يذكر فيها
فاستدركت بذكرها ههنا **قال** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع
بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم

مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك
سواء وعن ابي يوسف رح لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس

في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة
والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون
مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب
يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن
الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان بيع
الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه عليه السلام
نهى عن امساكه وامر بقتله قلنا كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء
الكلب للصيد او الماشية او للزرع وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب
لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو
الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك الهاء الحاق بفعيل بمعنى
المفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سؤره
فانه يتولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان
المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان
البيع منتفيا ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب
صيد او ماشية وهي التي تحرس في المواشي واعترض بان الدليل
اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل
على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ما ذكره لابطال
شمول العموم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث
ذكره في الاسرار برواية عبد الله ابن عمرو بن العاص رض انه قال قضى
رسول الله عم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر
لان الطحاوي حدث في الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج

ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عم
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
ولانه منتفع به

ولانه منتفع به حراسةً واصطياداً فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوامّ المؤذية
لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء، قلعاً لهم عن الاقتناء

ولا نسلم ... للاقتناء صح

عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو رض انه قضى
في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى
وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور
والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه منتفع به حراسة
واصطياداً لف ونشر فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما
ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على اباحة عينه
كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان شعر
الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع
بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا يرى
انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع
العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين
شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة
الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة الميتة حالة المخمصة
واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف
الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانها لا ينتفع بها
قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث
المروي وتقريره ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي عليه السلام
انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي انفسخ فانهم كانوا
الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا
فنهوا عن اقتنائها وشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا
عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن

اقتناء المال ونحوه اتخاذه

ما يكون

ولا نسلم نجاسة العين ولو سلّم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز
بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه
ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين
لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين ولانهم مكلفون
محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر

ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في
الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب
والثمن بالحقيقة لا يكون الا بما يباع قوله ولا نسلم نجاسة العين
جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان عنده في حالة الاختيار
يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول
دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء قال ولا يجوز بيع
الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما
مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة
قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي
لرسول الله عليه السلام كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي
حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي عليه السلام يا ابا عامر ان الله قد
حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن
بثمنها على حاجتك فقال له النبي عليه السلام يا ابا عامر ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها قوله واهل الذمة في البياعات كالمسلمين
قال محمد في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد
ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل
يدا بيد وكذلك كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا وهم في البيوع
بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رح على ذلك بقوله عليه السلام
في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم

قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم
على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم
بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن
لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع
بالف ولا شيء على الضمين واصله
ان الزيادة في الثمن والمثمن
جائزة عندنا وتلتحق باصل
العقد

خلافا لزفر رح

مكلفون بعضهم بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين
ولا تبقى الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل بهذه الاشياء
الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم
كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كعقد المسلم على
العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان
نتركهم وما يعتقدونه دل على ذلك قول عمر رض لعماله حين حضروا اليه
وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني انكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر
فقال بلال اجل فانهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها
بيعها ثم خذوا الثمن منهم قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان
صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو
لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجيء
آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني
ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف
من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع
بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار
ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا
لزفر والشافعي رح لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع
الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا فقد استفيد
المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع
بدونها فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة
في مقابلته شيء فجاز اشتراطها على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة

خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او
خاسرا او رابحا فقد استفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح
اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة

ليتحقق

فاذا قال

فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قال وان لم يقل من الثمن

ليتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال
من الثمن وجد الشرط فيصح وان لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن
رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان
واعترض بوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه
شيء من المعقود عليه الثاني لو كانت الخمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة
بها على المشتري وتحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث
ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة
والنكر الصائب في اصل المسئلة يغني بهذه الاسئلة والجواب عنها
ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال المنقوض فهم اصل
الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان فضل الثمن قد يستغني
عن ان تقابل بالمال جزءا فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله
من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة
فتكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان يثبت
على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه لا غير والملتزم
فيما نحن فيه الاجنبي ولا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه و
بين اصل الثمن فان اصل لا بد وان يقابله شيء من المال فلا يكون
كالزيادة وصح لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم
وجوب شيء في مقابلته ووقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام
في المضاف دون المضاف اليه ويحتمل الاختلاف في امتناعه وقال
ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد
مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر في المضاف اليه على حذف

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطى الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي

وجه الاستحسان

مضاف اى الخمس خمس مائة قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها

رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز

النكاح لوجود سبب الولاية في الانكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال

وما ثمه مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون

عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك

وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطى لما كان بتسليط من جهة المشترى

كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج فليس اى مجرد التزويج قبضا استحسانا

وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف حتى ان هلكت

بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها

المشترى ذات زوج كان له ان يردها والمشترى اذا عيّب المعقود عليه

صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد

وفقاء العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء

على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير

قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له

الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا قال ومن اشترى عبدا

فغاب المشترى رجل اشترى منقولا فغاب المشترى قبل قبض المبيع

ونقد الثمن وطلب البايع من القاضى بيع العبد بثمنه لم يلتفت

الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت

الغيبة معروفة اولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول

البايع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشترى وان

كان الثانى باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقرار البايع

وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البايع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البايع لانه يمكن ايصال البايع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى

فنظر

وان لم يدر

١٤٥

وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى اقر به مشغولا بحقه فاذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به

ثم ان فضل

فيظهر على الوجه الذى اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك و

هذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى

الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره كالملاقح بحكم اليد فكذا اذا اقر به

ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يتعلق به الاستيفاء

وقد تعذر فيبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن احق

بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه

القاضى والمشترى اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع

يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع فان بينة البايع لم تقبل

لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشترى فيكون

البينة لاثبات الدين والاثبات على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث

من اوجه الاول ان اقامة البينة على الغايب لا تجوز بغير انكار

الخصم وذلك من الغايب مجهول الثانى ان القول بجواز التصرف

في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يتضمن

القضاء على الغايب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق

بين كونه مقبوضا وانما القضاء يقتضي بموجب اقرار المقر بما في يده

وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثانى وجهان احدهما قول بعض

المشايخ ان القاضى ينصب من يقبض العبد للمشترى ثم يبيع لان

بيع القاضى كبيع المشترى فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشترى

ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب

بان ذلك حق البايع وقد يسامح باجازته والثانى ان البيع ههنا غير مقصود

وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت

مقبوضا وغير مقبوض فالتوقف بينهما

فالجواب عن الاول ان اقامة البينة لنفى التهمة لا للقضاء

ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه

لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه

وكان ح

ضمنا لا يثبت قصدا او ثمن الثالث ما ذكره ان هذا البيع قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق واندفع التحكم

ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فان نقده اجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالتي حضور الشريك وغيبته فانه

ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن بالنذر

وآذا كان ح

واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله

لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

قال ومن كرح

لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضوره مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجيء قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف يوجب الشركة وليس لاحدهما على الآخر اولوية فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المثقال بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بمجهول فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاول للعطف الا انه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه المتعارف في وزن

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

ولهما انه

الدراهم والتقابل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي فيه العقد قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد رجل له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها متعذر بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون هو الاصل والفرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وهنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اتلفه ضمن والثاني ان المقبوض الاصل هو واجب حق صاحبه ووجب الضمان له عليه ضمنا فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثم انما هي للغرماء فكانه تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه و

ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له

واذا افرخ

واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف

وكذا اذا

ثم الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا افرخ طير في ارض رجل اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذ بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس التستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه قوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها او بنى ذلك مما يصطاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فيتعلق بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه اي يغطيه الا نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عد من انزاله اي من انزال الارض تبعا وبل المكان جميع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كشجرة النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم في اول السلم

وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء والله اعلم بالصواب

كتاب الصرف

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي بذلك للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل رح ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

قال ومن حج

وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل بما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعية قوله واحل الله البيع وقوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي ومن كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه اداء الحق الى المستحق ومشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه خيار ولا تاجيل واقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالاخر قال قال باع فضة بفضة قال

باع رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلف في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الاخر او احسن صياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الوصف لقوله عم جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا حدث محمد في اول كتاب الصرف الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتي عمر بن الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني لابيعه فاعطيت به وزنه

قال ومن باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لم يجز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع

قال ولابد

قال ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لابد من قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لابد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فوجب قبضه اعتبارا للشبهة في الربا

وزيادة فذكرت ذلك لعمر رض فقال اما الزيادة فلا قال ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق قبض عوضي الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما رويناه وقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره فهو الدالة على وجوب القبض كما ترى او بالمعقول وهو انه لابد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالي بالكالي وذلك يستلزم قبض الاخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لابد قوله ولان احدهما دليل اخر وتقديره ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الاخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما رويناه وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بلا قبض لا يصح لانه كالى بكالى وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسبة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسبة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلقة ثمنا شبهة عدم التعين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسبة لقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم

والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة فانه يبطل بالاعراض **قال** وان باع الذهب بالفضة

جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا ح

في موضع النص مضاف اليه لا الا القلبة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وقصته ما روى عن ابن جبلة قال سالت عبد الله بن عمر رض فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه الى جهتين توجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض راس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض **قال** وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تع هاؤم اقرؤا كتابيه قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء قبل الافتراق وهذا صحيح بخلاف من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد

وما اجيب

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره **قال** ولا الخ رح

وما اجيب به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان شرط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعليك بما ترى فيه من التمحل في حصول المقصود بجعله شرط البقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض يبطل لا يصح شرط الخيار ولا الاجل بان يقول اشتريت بهذا الدينار هذه الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال الى شهر لان في الخيار لا يبقى القبض لتمامه لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار يتاخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر ما ينافي الشيء مفوت له كذا قيل وكانه راجع الى ان في الاول استحقاق فايت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فايت قوله الا اذا اسقط في المجلس يعني من كان الخيار لهما او من له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر رح وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والوف بوف في شرح القدوري بمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في ساير العقود الا ان

قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان لا يكون متعينا كما في المسلم فيه

قال المص لكنا نقول بتقدير بتقدير الضرورة فلا تعتبر كونه مبيعا فيما اذا حصل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما يجي في بيع الدراهم الغالبة الغش بجنسها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس سعدي

خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربا حرام حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمه سوى الثمنين وليس احدهما اولى لكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة فاعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا صفقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية حول وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان

قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصته

كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليس في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا من قبض صح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق فالنبي عليه السلام لم يرد المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد قال زفر في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لو وقع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رح اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود من كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال

لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظ منه الاتيان بالواجب وكذا
لو قال اشتريتهما بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظ من حالهما وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم
وحليته خمسون ودفع من الثمن
خمسين جاز البيع وكان المقبوض
حصة الفضة وان لم يبين ذلك
لما بينا وكذا ان قال خذ هذه
الخمسين من ثمنهما لان الاثنين
قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تع
يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد احدهما فيحمل عليه
لظاهر حاله قال وان لم ح

بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد
ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع
لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين
الواجب وغيره والظ من حال المسلم الاتيان بالواجب نفيا للاثمة
كما اذا ترك سجدة صلبية وسهى الصائم اي بسجدتي السهو و
سلم يصرف احدى سجدتي السهو الى الصلبية وان لم ينو ما لم يكون
الاتيان على وجه الصحة وكذا لو اشتراهما بالفي مثقال الف نسيئة
والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في
بيع الجارية والظ من حالها المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع
سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين
فان دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا
ان الظ الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين
قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تع يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما
يخرجان من احدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال من ثمن الحلية
خاصة فلا كلام فيه فان قال من ثمن السيف خاصة وقال الاخر
نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق
عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح من
القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا
حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف ح
فان كان لا يتخلص الا بالضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا
لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر

قال وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان
لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف

وان كان يتخلص ح ح

151

وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار
كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المنقودة ازيد مما فيه كما وقع في الكتاب وان كانت
مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله فتحقق الفساد من وجهين فيرجح

قال ومن باع

جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق
والجارية قوله وهذا اذا كانت الفضة المنقودة يعني الثمن ازيد مما
فيه اي في المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن
مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه تمم الكلام ببيان الاقسام الاخر وهي
اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المنقودة ازيد من وزن الفضة
التي مع غيرها وهو جائز لان مقدار ما يقابلها والزيادة في مقابلة الغير
فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن المنقودة مثل المنضمة وهو
غير جائز لانه ربوا بيقين لان الفضل ربوا سواء كان من جنسهما او من
غير جنسهما والثالث ان يكون المنقودة اقل وهو واضح والرابع
ان لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد
وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل
الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بالجواز والجواب ان ما لا يدرى يجوز
في الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان
زائدا جاز والا فسد فتعدد جهة الفساد وترجحت واعترض بان
كل جهة منها علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري
بان مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي
اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة
قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة
او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع
فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله
وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فيصح اي يبقى صحيحا

قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل العقد فيما لم يقبض وصح فيما
قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فيصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد
طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق ولا يشيع

ولو استحق ح

ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة
عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر
والشافعي لا يجوز البيع وعلى هذا
الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة
بكري شعير وكري حنطة كما هو

في بعض وبطل في اخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على
الجواز فيكون الفسخ طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة
وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة
تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال ولو استحق
بعض الاناء اي لو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار
ان شاء رد لان الاناء يتعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة
تعد عيبا لانتقاضها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف
صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا قبض
قال وان باع قطعة نقرة المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة
القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة
بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة
فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا
بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي
لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري شعير وكري حنطة
والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة
وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منهما الى
خلاف جنسها عند العلماء الثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان في الصرف
الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته التقابل الا
نقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون الكل
واحد من البدلين حظ من جملة الاخر والدليل على ذلك الوقوع فانه

لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على
الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة و
ثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب
وكذا اذا اشترى

وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يجوز في
المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه والخمسمائة الى الاخر وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
وافترقا من غير قبض فسد العقد
في الدرهمين ولا يصرف الدرهم
الى الثوب لما ذكرنا ولنا انه

اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز
وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه
مع عبد اخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف و
ان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع
درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم
ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة
الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز
ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة
فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد
لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكري حنطة فسد لان الكر قابل الكر وفضل
الاخر واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد
فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك لامكان ان يكون درهم من الدرهمين
بمقابلة درهم والدرهم الاخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة
الدينار الاخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف
الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين
والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه الا يقال فيه
تغيير وصف التصرف او اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز
والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل
باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه
وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف وان كان في ذلك تغيير وصف

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه
تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا
باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف مسئلة

بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بحرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي المسئلة الاخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء، وكلامنا في الابتداء، قال ومن ح

التصرف من الشيوع المعين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها اما الاولى اعنى مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بحرف الربح كله الى الثوب ولابد من ان يكون مراده انه تغيير في الاصل وغير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة واما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء، يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء، وهو في الابتداء صحيح قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان جنسين من الاموال الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون لما له قيمة او لا والاول اما ان

قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا والظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان فلا يعتبر التساوي بينهما ولو تبايعا ح ح

ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شئ اخر تبلغ قيمته قيمة باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ يجوز مع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة دراهم ودفع الدينار اليه وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه ح

يبلغ بقية الفضة اولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جايز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشكلة على ما ذكرته ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدراهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم ومن كان له على احد عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة قوله ومن كان له على اخر عشرة دراهم مسئلة ينبني على بيع النقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار عاجلة فان الباب ليس هذا بعقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الاخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر كان فيه خطر الهلاك

قوله وهو على ثلثة اقسام الاول ان اضيف اليه العقد فالاقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع التقاصّ فكذلك سابق ولاحق فلا وجه بجعلها ثلثة ح

ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع
المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا تضمن ذلك فسخ الاول وفي الاضافة الى الدين
اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة
بنفس العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء
كما اذا تبايعا بالف ثم تبايعا
بالف وخمسمائة
وزفر رحمه الله

لان الدين في معنى التأدي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان
الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حيث سلم له
فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض
الاخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع
الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة
الذي عليه ودفع الدينار فانما ان يتقاصا او لا فان كان الثاني لم يقع
المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة
استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدال ببدل الصرف
وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب
بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين
قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة
فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان
بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا
اقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد لهما من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد
الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي
كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز
وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل
العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو
نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من اوجه الاول
ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف
العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت

قال المص وفي الاضافة تقع المقاصة
الى قوله فان اختلفا في صحة المقاصة فما هذا
شئ في صحة المقاصة بنفس العقد اختلفوا في ذلك
فاعلم ان في الاضافة الى الدين الصورة
الوثيقة ولهذا اذا تصادقا ان لا دين
لا تبطل العقد كما يجئ في كتاب الوكالة
فكان الاطلاق والتقييد سواء
فليتأمل قال المص على ما نبينه اجول
قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفى ذلك
للجواز انتهى وفيه بحث والجواب
انه يدل على المقاصة
سعدي چلبي

وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا وان كان لاحقا
فكذلك في اصح الروايتين تقع المقاصة لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فيكفي ذلك للجواز

قال ويجوز

على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى يبطل المقتضى وهو المقاصة
لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث
ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان
الاقالة في الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المص رحمه الله بقوله
وفي الاضافة الى الدين يعني الموجود يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه
وعن الثاني بان المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لانها لما ابطلا عقد
الصرف صار الكائن عقدا جديدا فيقع المقاصة به وعن الثالث
بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت بمثل هذه
الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله لما لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فبقي له
وجه القياس فان قيل لم ترك المص رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنه
وهو ما روى انه قال لرسول الله عليه السلام اني اكرى ابلا بالبقيع الى
مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال لا باس بذلك
اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه
دلالة على انها كانت بفسخ العقد الى الدين الاول او اطلقه فلم يكن
قاطعا حتى يلزمه زفر رحمه الله وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم
وقبض الدينار ثم اشترى مشتري الدينار من بايع الدينار ثوبا بعشرة دراهم
ثم ارادا ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها
فخر الاسلام رحمه الله وقال المص رحمه الله في اصح الروايتين يقع المقاصة وفي رواية
ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا يقع المقاصة لان الدين
لاحق والنبي عليه السلام جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنه
ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة

حيث

يلتزمه بما

قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن وكذلك

الا دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين سابقا على المقاصة بهذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول وفيه بحث كما ترى الا أن إذا أضيف الى القياس يقتضي أن لا يقع المقاصة بين العين والدين أصلا لعدم المجانسة إلا أنه استحسن ذلك بالأثر ويتقوى بهذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد فيه سواء وقد وقعت المقاصة إذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الأول وإلا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فإذا أضيف الى الدين السابق تجانسا فإذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وإنما المجانسة بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع أما الأول فلصدوره من أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلأن المانع إن تصور هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال وإن كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم لأن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة فالأول كما في الرديء والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت فإذا كان كذلك يعتبر الغالب لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد

وكذلك الاستقراض بها إلا وزنا لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقة كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب وإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر قال

فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا في الوزن وإن كان الغالب عليها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فإن اشترى بها أي فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالبيع فاسد وإن كان أكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر قوله ولكنه صرف جواب عما يقال إذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك أن صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا وإذا شرط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر وهذا يشير الى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز قال المص رح ومشايخنا يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة أي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هارون الرشيد لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه أي لو أفتي بإباحته تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد فإن كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فيهما فيها بالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين

قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين

وآذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كانت يقبلها البعض فهي كالزيوف ولا يتعلق
العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد
ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه **قال** واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها
بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع
وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل
الناس بها
لهما ان ح

فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله واذا كانت
لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة ويبطل العقد
بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما
ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان
صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها
معاملات الناس دون المشار اليه وان كان يقبلها البعض دون البعض
فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع حالها
لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم
الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد
فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن الى ابي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد رح
آخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة
بها ولم يذكر ان في كل البلاد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون
المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في
جميع البلدان لانه ح يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كان لا يروج
في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لا يهلك لكنه تعيب
فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع
وان شاء اخذ قيمته ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد
واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على
اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس
وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا

لهما ان العقد قد صح الا انه قد تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع
اوانه واذا بقي العقد وجب لكن عند ابي يوسف يعتبر وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع
لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى
بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع
يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته
ان كان هالكا كما في البيع الفاسد
قال ويجوز البيع ح

الفلس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي
الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى
بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف وجب القيمة يوم البيع
لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل
الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد
لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس
المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد
تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان
العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا
في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس
والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو
انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع
فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني
غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر
الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك
الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلح
والشيء اذا رجع الى اصله فلا يتنقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع
مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما
وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب
رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد
وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المص رح بقوله

قال ويجوز البيع في الفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة
ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض الخ

وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلت
بازدياد القيمة او نقصت القيمة فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه
بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال ويجوز البيع بالفلوس
البيع بالفلوس جايز لانه مال معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك
اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها
اما ان تكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع
وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما
عيّن بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد
وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا
باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد
الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة بطل البيع خلافا لهما
قال الشارح هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف
لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع
عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة
وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان
الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا
بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر
لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز
عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه
وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور
لزفر يعينه لان دليله في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد

لا يوجب

ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين المستقرض معنى
والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب رد قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها
كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف يوم القبض
وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل
واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع
فقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر

لا يوجب الفساد فجعله مفسدا الا انهما يقضيان الا انه تكلم الا اذا ظهر معنى
فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال ولو استقرض
فلوسا فكسدت اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد
مثلها عند ابي حنيفة رح لانه اي استقراض المثلي اعارة لما ان الاعارة قرض
وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد
عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه
فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين
حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا
يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية
وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجاب المصنف رح
بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية
ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو الظاهر ولا لازما من لوازمه
فجاز ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه في
ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض جايز في كل مكيل وموزون او
عددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال
بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك
بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة
فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف
الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد
قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض
وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف

قال بعض الشراح
قوله لانه اي استقراض المثلي اعارة والاولى ان يقال لانه اي الاستقراض
عندي ارجاع الضمير الى الاستقراض مطلقا لانه اعارة على ما سبق قبل باب الربوا
او الى استقراض الفلوس
تمت

قوله وموجب استقراض المثلي الخ اقول وعندي
ان ما ذكره المصنف فيه تسامح عن الشكل الاول
لتغيره لان الاستقراض اعارة لا بمعنى
الانتفاع به الا باهلاك عينه وكل اعارة
كذلك موجبها رد العين معنى فهذا كذا
الا انه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى
اعتمادا على فهم الناظرين واما ما ذكره
الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء
الارتباط
سعدي چلبي

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز البيع وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلابد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد

ولو قال ح

ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابا يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجئ وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابا حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابا يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان القيمة يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابا يوسف اليسر لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله اليسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوزه فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابا يوسف لا سيما في ديارنا بناء على عدم المتعارف لكونه معلوما ولاشتراك الوف قال ومن اعطى صيرفيا درهما

ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدراهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم لان العادة في المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى

قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره

ولو كرر ح

هذه ثلاث مسائل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابا حنيفة بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب يدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رح والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتنوع الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليماني والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يتعدد بها ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة قال قوله اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف والثالثة ان يقول اعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ النصف بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم

ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابها لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر النسخ ذكر المسئلة الثانية

تم كتاب الصرف

كتاب الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة بالدين وقيل في الدين والاول اصح قال
الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به
وقال الشافعي رح

الاجنبية فيكون نصف درهم الاحبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال
المص وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف
درهم فلوس ونصفا الاحبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك
ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع
في شرح المختصر وهو غلط من الناسخ والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الكفالة عقب البيوع بذكر الكفالة
لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى
المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة
والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه
وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا
لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين
والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة و
كما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت
الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين
وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به
الكفيل على الاصيل ولو لم يجز الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة
لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب
المال لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح
التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا نجعل
في حكم دينين قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به

قوله كتاب الكفالة قال الامام السرخسي في مبسوطه في باب كتاب القاضي في الكفالة ثم كتاب الكفالة لو كتب القاضي في كفالة بنفس رجل ... انه كفل بامره ... لو كفل عنه بمال بغير امره ... لم يكن عليه ان ... اذا كفل بنفسه بغير امره انتهى سعدي

وقال

وقال الشافعي رض لا تجوز الكفالة بالنفس لانه تكفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس
المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم و
هذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي
بينه وبين الطالب او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه
وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو
الضم في المطالبة فيه
قال وسعدي

وقال الشافعي لا تجوز لانه تكفل بما لا يقدر على تسليمه لانه حر فيباين مثله
لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان
بغير امره فظ واما اذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه
ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية
ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على
مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم اي الكفيل ضامن
ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لان الغارم
هو ملتزم الالتزام لانه ادم حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على
الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبني عن لزوم ما يضر
وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به
قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على
تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على التسليم قوله اذ لا قدرة له على
نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم
الطالب مكانه ويخلي بينه وبين المدعي او يستعين باعوان القاضي
على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز
الكفالة فلا يصلح دليلا فقوله والحاجة ماسة اسقطها بعد منع
الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه
والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة
فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا قال القدوري وتنعقد
اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر
الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدل

قوله ... على عدم جواز الكفالة ... بالنفس ... الكفالة بالمال ... سعدي

قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال ح

حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف وثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صرح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام حه قال ع م من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد ورد فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك بمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون بعجز او مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة

وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا الحديث فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

قال فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئ والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعي ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه

فان مضت

قوله وكذا اذا عبر ... صحة عطفه تامل س

قوله قال المص لانه لا يعبر بها عن البدن اقول اي لا حقيقة ولا عرفا فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى تبت يدي ابي لهب س

[illegible]

قال المحشي شرط في الكفالة ... في ذلك الوقت اي لا قبله ... في ذلك يجوز ان يكون ... في باب التنازع س

ذهابه

فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وقد حصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وان كفل بنفسه على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا

ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل الى ان يوقف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة تخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل فهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فيبرأ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا

قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل اقول وعليه عمل القضاة اليوم على هذا س

وقيل في زماننا لا يبرئ لان الغالب المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا
وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد
لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح
للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما
لا يبرئ لانه قد يكون شهوده
فيما عينه قلنا ولعلهم فيما سلمه
فيه فتعارض الموهوما ولو
سلمه في السجن وقد حبسه
غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر
على المحاكمة فيه
قال واذا مات صح

اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس
لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على
الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ
لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلمه في سواد لعدم
قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند
ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده
فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان
يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان
وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا
لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه
او يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
فان ابا حنيفة رح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله عليه السلام
لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون
الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم
اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي
يوسف ومحمد رح فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة
فيتقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب و
لو سلمه في السجن فان كان الحبس بيد الطالب برئ وان كان
غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل
بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل
لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل

حتى يأتي به

١٩١

قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره و
لانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق
قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال و
لو مات المكفول له فللوصي ان
يطالب الكفيل فان لم يكن
فلوارثه لقيامه مقام الميت
قال ومن كفل صح

حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به قال فاذا مات
المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس
ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما او موت احدهما مسقط لها
اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات
الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد
الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب و
هو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظ
لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل
بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود
ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ
من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة
بامره كما في حالة الحياة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام
كل منهما مقام الميت قال ومن كفل بنفس اخر بالاضافة
ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه برئ لانه يعني
البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس
موجبا البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب
عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت
بلا شرط لانه موجب التصرف وحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح
الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه

قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين وكذا لو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه

موجب التصرف اى لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع من ذلك ايفاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه من كفالته اى كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه من ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة اى لان المكفول به مطالب بالحضور ولا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه من الكفيل ليبرأ به لان ثمه جهة

اخرى

قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه من المال وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح

اخرى كما بينا ولانه يستلزم الابراء الكفيل والاصيل لم يقل من كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا رجل قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وانما اى اعطاه اياه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وقيد بقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من درك صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم يعلم هل تبلغ النفس ام لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رح والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظ لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس ما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما يناقضها من تسليم

أي المعلقة بالشرط — أي تعليق الكفالة — عدم جواز التعليق بالشروط — أي تعليق الكفالة

وقال الشافعي لا تصح بهذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع
ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح
بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

قال ومن كفل الخ

قال المص ولنا انه يشبه البيع والنذر اقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدايع اذا قال ان كلمت فلانا فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم كان عليه ان يتصدق عليها بها انتهى سعدي

او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما
ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له
عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو
مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس
ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة في
واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما تم
كفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب
بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي رح بهذه الكفالة اي
المعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق لسبب وجوب
المال بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل
اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا فيما
والجواب ان لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة
عندنا التزام المطالبة لا التزام المال استحسانا ولكنه اشبه البيع
مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني لا يفيد المطلوب لانه يشبه
البيع من وجه كما قرر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي
ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك
واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف
كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق
بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة
بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد
الكفالة بالنفس **قال** ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بالنفس

وقال

قال ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال
لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة

قال ومن ادعى الخ

وقال ان لم يواف به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن
المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير
فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجوب
المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها بما بالموت وفيها نوع تنبيه
بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره
وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان
يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتاكيد بها وليست
مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت كما اذا
سقطت الاولى بالابراء فيجب ان تسقط فيما نحن فيه لان الاولى
سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرا بموت المكفول به
والالزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للتاكيد مقصودا بالذات وذلك
خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين رح في فوايده بان الابراء
وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة
من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة
عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم
ينفع دريته الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة
الى القول بانفساخ الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز
عن تسليم النفس يتحقق بهذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا
لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل
اذا يتقرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع و
قد التزم حيث يتيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل

قال ومن ادعى على آخر مائة دينار فبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا
فعليه المائة فطلبه فلم يواف به فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ان لم يبينها حتى
تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه
ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان
بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير
بيان فلم يجب احضار النفس و
اذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس
فلم تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف
ما اذا بين ولهما ان المال ذكر
معرفا فينصرف الى ما عليه

والعادة جرت

الاستثناء فظاهره ان الحق بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب
عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف
فلا يفيده في اقرار غيره قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار و
بينها بانها جيدة او ردية هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به
غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وقال محمد رح
ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة
لا تسمع دعواه ولا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك
لوجهين احدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة
حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم
الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بين
لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه
على وجه الرشوة ليترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب
الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا تصح
الكفالة وان بين المال وبه صرح المص والثاني ان الدعوى بلا بيان
غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة فلا تصح ما ينبني عليها
وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي رح وهو يقتضي
الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا
لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة
تخرج عن كونه رشوة وكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت
الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة

اي تعليق المال المطلق بامر متردد

مقابلة

والعادة قد جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل
الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليه الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في
الحدود والقصاص عند ابي حنيفة معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق
العبد وفي القصاص لانه خالص
حق العبد بخلاف الحدود
الخالصة لله تعالى

ولان حق العبد

قوله وفي القصاص
اقول معطوف على قوله
يجبر في حد القذف تم

في مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية
وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لان العادة جرت
بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان
عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء
المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال
جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال
ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة من توجه
عليه الحد والقصاص لا يجبر اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره
في مجلس القضاء لاثبات ما يدعي المدعي عليه فامتنع عن اعطائه
لا يجبر عليه عند ابي حنيفة وعلى هذا يكون معنى قوله ولا يجوز الكفالة
لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة
مجازا وقال ابو يوسف ومحمد رح يجبر في حد القذف لان فيه حق
العبد فيجبر عليه كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد
اي لان المغلب فيه حق العبد فيجبر عليها كما على الخلوص لما عرف ان
القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس
بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اين ما دار كيلا يتغيب
فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول
فان اذن له يدخل معه ويجلس حيث يجلس وان لم يأذن له بالدخول
يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى
كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل

ولابي حنيفة قوله عليه السلام لاكفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت به نفسه يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم

قال والحبس

سواء اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لاكفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد وبين ما هو خالص حق الله تع قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي عم ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله عليه السلام ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما نذكر لا للاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال ولا يحبس فيها لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه

قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة

وذكر في ادب القاضي

وفي بعض النسخ فيها اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس هنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد شطريها وقد روي ان رسول الله عم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا تثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع من الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم العبد بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والاتقاء عن امثاله مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي عليه السلام

وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة **قال** والرهن والكفالة جايزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما

قال ومن اخذ ‍

في ذلك وقع تعليلا للجواز حيث لم يكن عليه السلام ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة يخلي للدرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق به فيستغني عن الحبس ~~في الحدود والقصاص~~ وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عندهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة **قال** والرهن والكفالة جايزان في الخراج اورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل في الخراج لا يقع لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا ترى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اذا في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحيوة والممات تصح به الكفالة بالاستواء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ويمكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فترتب موجب العقد في الرهن و

الكفالة

قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان

قال واما الكفالة بالمال

الكفالة عليه قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك **قال** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه تعدد الكفلاء بنفس واحد صحيح كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى التزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود من شرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححنا ما يزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل **وقال** ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه **قال** واما الكفالة بالمال فجايزة معلوما لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جايزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله

قال والكفالة بالمال جائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسياتيك

تكفلت عنه بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به كيسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة حوله وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة اي شجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيد بخطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بالة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما تقرر ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطالب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالب به

قال والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين وسمي الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا

قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم

بخلاف

قوله وقيل لان المولى فيه شيء وينتقض بقولنا فيما سنا مل

بخلاف المالك اي اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه ولا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل

اي وجب

للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الاخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك له اذا قضى القاضي بذلك ولا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملايم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملايمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عم علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عم وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله تعالى ورسوله من غير انكار عليه وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الاية محمولة على بيان الكفالة لمن ياتي به لا لبيان الكفالة له فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الاية متروك الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة

[illegible]

ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملايم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه

فاما لا يصح التعليق

فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح وجاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا
في الدين الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط
الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال

والعمل بها ممكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي
للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا زعيم بذلك فيكون ضامنا
عن الملك لا عن نفسه فيتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الاية
ارين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب
وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الاخر فان قلت ما
الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له
فان الاول لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة
مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه
مطلقا فالجواب ان الاول منصوص على جوازها لانه قال ثم حمل بعير
وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا والثانية
انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل
يابى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل
فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة
انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح
من غير قبول الطالب له وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق
حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا
واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة
جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب
فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتوق لا تمنع جواز العتق وهذا هو
الموعود بقولنا على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما
لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلها اجلا

فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به والله اعلم

للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي
نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني
ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره
وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او الكفالة
اذا لم تذكر ثالث والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق
اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة
الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل
مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط
الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول
المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة
المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه ولا يقال نفي الكفالة المؤجلة
كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق
نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل
عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء موضوعه وقد تقدم
في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح
المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل
كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل
مجازا بقرينة قوله ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تاجيلها
باجل متعارف لم تبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز
ان يراد عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت بما لك عليه
فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت

قوله فاعل يصح هو التعليق او يجوز ان يقال فاعله ضمير التعليق والمراد به التأجيل على طريقة الاستخدام منه

وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف
المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق
نفسه لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما رويناه ولانه
التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به

فان كفل الخ

عن الكفالة

معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة
فيتحقق الضمان به وان لم تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار
ما يعترف به لانه ينكر الزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه
بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول
قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يبذل كان القول قوله مع يمينه
كالمدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه ينكر الزيادة فان اعترف
المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير
ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر
في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة
حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض قال ويجوز الكفالة
بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول
اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل
الدال على جوازها وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم وامثاله لا يفصل
بين كونها بامره او بغير امره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على
الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في حق النفس
فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب و
المطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب
ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فما لم
يأمر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضائر فتبين ان
الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك
فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى

قال البعض لانه اقرار على الغير ولا ولاية له اقول قال الزيلعي بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فاقر فلان على نفسه بالف مثلا فانه يلزم الكفيل ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس ان لا يلزمه شيء [illegible] وجه الاستحسان ان الكفيل [illegible] عليه فيما [illegible] وفي مسئلة الكتاب تكفل بما عليه [illegible] البينة انتهى وفيه بحث تأمل

فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه
متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
كما اذا ملكه بالهبة او بالارث

وكما اذا ملكه الخ

دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض
بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل
فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد
بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره
ادّ عني زكاة مالي واطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين
غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على اني ضامن به لان المراد
بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل
بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداءه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رح
الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب
بالاستيفاء ملكه المال من الكفيل واقامه مقام نفسه في استيفاء
المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز واذا كفل بامره فبنفس الكفالة لما يجب المال للطالب
على الكفيل يجب المال للكفيل على الاصيل ولكنه يتأخر الى ادائه ولهذا
لا يكون عند كفالته بغير امره قوله رجع بما ادى اعلم ان الكفيل
يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته
اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول
فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه
مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى زيوفا بدل ما
ضمن من الجياد ويجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما
ضمن لا بما ادى قال المصنف رح لانه ملك الدين بالاداء فنزل
منزلة الطالب ههنا والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته

قوله لان المراد بالامر الخ قوله ليس كذلك اقول فيه تامل فانه لو لم يكن معتبرا لم يرجع على العبد بعد ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ ثم قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح جواب لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ سعدي

فيه شيء لانه لا دين على الكفيل الا في [illegible]

فكذا من ينزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب
المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل
يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت
المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه
مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل
تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه
وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم
من الرجوع بما ضمن فيما لا تعدد فيه الرجوع به فيما تعدد فيه اعني ما ادى
وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من
غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض
فقبضه وهذا الان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه
واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرج من الكفالة ووكله
بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين
وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم
تكن هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل الدين في ذمته وقد
وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان
يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك
لان له ولاية نقل الدين عنه اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل
ذلك مقتضى تصرفها وهذا ارشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته
له فان الابراء لا يرتد بالرد والهبة يرتد به فان الابراء اسقاط محض

كالعتاق

وكما اذا ملك المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه
لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف
على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابراء الكفيل قال وليس للكفيل

كالعتاق والطلاق يكفي مؤونته بوجوب المطالبة وذلك موجود
فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم
وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل
الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فلو وهب الدين من
الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو
في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته
والطالب ليس له ان يطالب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته
وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه
على رجل ليس له عليه دين وادى المحتال عليه ذلك بخلاف ما ضمن
فان المحتال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب قوله بما ذكرنا في الحوالة قبل يريد به
حوالة كفاية المنتهى قوله بخلاف المامور بقضاء الدين جواب
دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه وح لا فرق
بينه وبين المامور بقضاء الدين والمامور يرجع بما ادى فكذلك
الكفيل وتوجيهه ان يقال المامور بقضاء الدين لم يجب له على
الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل
منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد
من اعتباره بما فلو ادى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها
دون الجياد لان الاداء المامور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان
الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله
رجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين

والجواب عنه النسخ ان قوله رجع بما ادى
اذا ادى ما ضمنه وفي صورة العكس لم يرد

قال ولیس للکفیل ان یطالب المکفول عنه بالمال قبل ان یؤدی عنه لانه لا یملکه قبل الاداء
بخلاف الوکیل بالشراء حیث یرجع قبل الاداء لانه انعقد بینهما مبادلة حکمیة قال فان لوزم
بالمال کان له ان یلازم المکفول عنه حتی یخلصه وکذا اذا حبس کان له ان یحبسه لانه لحقه ما لحقه
بجهته فیعامله بمثله واذا ابراء
الطالب المکفول عنه او استوفی
منه بری الکفیل لان براءة الاصیل
توجب براءة الکفیل لان الدین
علیه فی الصحیح وان ابراء

فهو علی نوعین احدهما ان یصالحه علی اقل من الدین کما اذا صالح عن
الالف علی خمسمائة وفیه یرجع بما ادی لانه ضمن لانه اسقاط فکان ابراء
فیما وراء بدل الصلح وفیه لا یرجع الکفیل علی المکفول عنه علی ما نذکره
والثانی ان یصالحه علی جنس آخر وفیه تملک الدین فیرجع بالضمن و
سیأتی قال ولیس للکفیل ان یطالب المکفول عنه بالمال الکفیل
بالمال لیس له ان یطالب المکفول عنه قبل ان یؤدی عنه لان
الموجب للمطالبة هو التملک وهو لا یملکه قبل الاداء فانتفی الموجب
بخلاف الوکیل بالشراء حیث یرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد
فی حقه حیث انعقد بینهما ای بین الموکل والوکیل مبادلة حکمیة و
لهذا اوجب التحالف اذا اختلفا فی مقدار الثمن وللوکیل ولایة حبس
المشتری عن الموکل لاجل الثمن کالبایع والمبادلة توجب الملک
الموجب لجواز المطالبة قال فان لوزم بالمال اذا لوزم الکفیل
له ان یلازم المکفول عنه اذا لم یکن للمکفول عنه مثل الدین فی ذمة
الکفیل لانه هو الذی اوقعه فی هذه الورطة فعلیه خلاصه
وکذا اذا حبسه کان له ان یحبسه اذا کانت الکفالة بامره وقال
الشافعی رح لیس له ذلک لانه لا یتعلق له حق علی الاصیل قبل الاداء
وقلنا هو مورط فعلیه الخلاص فاذا ابراء الطالب المکفول عنه
او استوفی دینه بری الکفیل لانه ابراء الاصیل وابراء الاصیل
یستلزم ابراء الکفیل لان المطالبة بوجود الدین وقد سقط بالابراء
فلم یبق المطالبة علی الاصیل وهو ظ ولا علی الکفیل لان الدین
لم یکن علیه فی الصحیح ولم یکن علیه الا المطالبة وقد انتفت بانتفائها

علیها

171 وان ابراء الکفیل لم یبرأ الاصیل لان علیه المطالبة وبقاء الدین علی الاصیل بدونه جائز وکذا
اذا اخر الطالب عن الاصیل فهو تاخیر عن کفیله ولو اخر عن الکفیل لم یکن تاخیرا عن الذی علیه الاصل
لان التاخیر ابراء موقت فیعتبر
بالابراء المؤبد بخلاف ما

علیها وقوله فی الصحیح احتراز عن قول بعض المشایخ بوجوب اصل الدین
فی ذمة الکفیل ایضا علی ما تقدم ولا یتوهم ان علی ذلک القول براءة الاصیل
لا توجب براءة الکفیل فان ذلک بالاجماع ونقل بان الکفالة لا تکون
الا فیما هو مضمون علی الاصیل وقد سقط الضمان عن الاصیل بالاداء
او الابراء فیسقط عن الکفیل ایضا لان وجوب الضمان علی الکفیل فرع
وجوبه علی الاصیل ولم یبق ذلک فلا یبقی هذا فان قیل قولهم براءة الاصیل
توجب براءة الکفیل منقوض بما اذا شرط براءة الاصیل فی ابتداء
الکفالة فان براءة الاصیل فیه موجودة ولم توجب براءة الکفیل قلنا
لا نقض فی ذلک فانا قلنا ان براءة الاصیل توجب براءة الکفیل واذا
شرط براءة الاصیل فی ابتداء الکفالة لم یبق هناک کفیل بل الباقی
اذ ذاک محال علیه ولم نقل بان براءة الاصیل توجب براءة المحال علیه
وان ابراء الطالب الکفیل لم یبرأ الاصیل لان علی الکفیل المطالبة
دون اصل الدین وسقوط المطالبة عنه لا یوجب سقوط اصل
الدین لان بقاء الدین علی الاصیل بدون الطالب او بدون الکفیل
جائز الا تری انه لو مات الکفیل لا یسقط الدین عن الاصیل وان اخر
الطالب عن الاصیل فهو تاخیر عن کفیله وان اخر عن کفیله لا یکون تاخیرا
عن الاصیل لان التاخیر ابراء موقت لاسقاط المطالبة الی غایة فیعتبر
بالابراء المؤبد ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوی وهو باطل
الا تری ان الکفیل لو رد الابراء المؤبد لم یرتد بالرد بل یثبت الابراء
ویسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب
علیه اداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار الشیء بغیره لا یستلزم التساوی

فه

بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال موجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هنا بخلافه قال فان صالح الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبرائته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع

لانه اسقاط

بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر وهو ما ذكروا ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال موجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حق للطالب سوى الدين لان المطالبة التي حصلت بالكفالة لم تثبت بعد تعلق بتاخيره وان كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا اما فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان التاخير المطالبة التي حصلت بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل رب المال مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين تحتمه على اربعة وجوه وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم يشترط شيء من ذلك ففي الاول والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع

الكفيل

ويرجع على الاصيل بخمسمائة اذا كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فملكه فرجع بجميع الالف وان كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال

الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صالحتك على الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فبرئ الاصيل عن ذلك وبرائته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل و يرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجبت بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل ليصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبرائته توجب براءة الكفيل فيرأان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب

قال ومن قال للكفيل ضمن له مالا قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بأمره
لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فيرجع وإن قال
أبرأتك لم يرجع على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء،

لأن البراءة لا تنتهي إلى غيره ما دل الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما في قوله أبرأتك من البراءة والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي إلى غيره

ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل
الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء، و
الإبراء، فيثبت الأدنى ولا يرجع
الكفيل بالشك وقال أبو يوسف
هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة
ابتداؤها من المطلوب و
إليه الإيفاء، دون الإبراء،
وقيل في جميع

وانتهاؤها إلى الطالب والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب و
الثالثة بالعكس فالأولى أن يقول للكفيل ضمن له بأمره مالا قد برئت
إليّ من المال وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكر أن البراءة التي يكون
ابتداؤها من المطلوب أي الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون
إلا بالإيفاء، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إليّ المال أو قبضته منك
وهو إقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا
من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها
لا رجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل
لأن ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلا يكون
إقرارا بالإيفاء، وهاتان بالاتفاق وأما الثالثة وهو أن يقول برئت
ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك
لأنه يحتمل البراءة بالأداء، والبراءة بالإبراء، والثانية أدناهما فيثبت
قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه
أن يقال تيقنا بحصول البراءة بأي الأمرين كان وشككنا في الرجوع
لأن البراءة إن كانت بالأداء، رجع الكفيل وإن كانت بالإبراء، لم
يرجع ولا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت
إليّ لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب فإنه ذكر في الخطاب
وهو التاء، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا
قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الإيفاء، لأنه يضع المال
بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع البراءة وإن لم
توجد من الطالب صنع فأما البراءة بالإبراء، فمما لا يوجد بفعل الكفيل

لا محالة

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل
قال ولا يجوز

لا محالة وقيل أبو حنيفة رحمه الله مع أبي يوسف في هذه المسألة وكان
المص اختار قوله وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى وقيل
في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل
وأما إذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين
أحدهما أن المجمل ما لا يمكن العمل به إلا ببيان المجمل وقد ظهر مما ذكر
بأن العمل به ممكن والثاني أن حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا
قد اتفقوا على العمل في الوجه الأول والثاني بالإثبات والنفي فكيف
يكون مجملا مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت إليّ وإن كان
بمنزلة الصريح في حق إيفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال
لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إليّ
لأني أبرأتك وإن كان بعيدا من الاستعمال وما ذكره في تعليل
الأوجه الثلاثة استدلالي لا تصريح في الإيفاء، وغير الإيفاء، فكان
العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب
في ذلك سقط العمل بالاستدلال وإن كان واضحا في دلالته على المراد
وكونه غير صريح في الإيفاء، والإبراء، هو الذي سوغ استعمال لفظ
المجمل والرجوع إلى بيان الطالب صريحا وفي صورة لم يكن العمل به
محالا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته إن كان المراد
بالمجمل المجمل الاصطلاحي وإن كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان
فيه إبهام فالخطب إذا هين هونا قال ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل
أن يقول إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة لا يجوز لأنها فيه

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن

قال القدوري

بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض ورد بالو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل واما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة في الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا ترى ان صاحب الدين اذا قال عجل لي خمسمائة على ان ابرئك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعارف ورواية الجواز على مقابله قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه عن الكفيل لا تصح الكفالة به ذكر ضابطة لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب او جز الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن اخر بما عليه

واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لا يجوز لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو تكفل عن

من الحد او القصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه لا يخلو اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصد هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصد كما يرى بعض المتهتكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصد بالاقامة على النائب هذا في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يرو لاحد من اهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية اما ما هو امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة واما ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم اما ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون واما ما هو بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا

ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استأجر دابة ه

بالغير ويصح بما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رح فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها امانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رح الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان سواء كان مشروطا صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين وذكر جاز هـ

قوله وما لم يجب قيمته عند الهلاك اقول الموصول عبارة عن الاعيان المغصوبة

في الذخيرة

ومن استأجر دابة ليحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه ه وان كانت بغير عينها ح

في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن اذا كان بمقدار الدين او زايدا عليه والزيادة عليه من ماليته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المص ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه واظنه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رح في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله ومن استأجر دابة للحمل اعلم ان من استأجر ابلا

وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض نسخ الاجازة

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف

معينة للحمل فتكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم انفا وان استاجر غير معينة للحمل فتكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل فتكفل بالحمل لم يصح قال المص رح لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكره في الايضاح جوابا للشافعي وهو قوله لان تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فيصح التزامه لان ما يلزمه بعقد يعتبر فيه المتصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها بما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فتكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول ابي يوسف الاول وقال اخرا يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض او زيادة في اخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف رح يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة

بالنفس

له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا اوجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا

بالنفس والمال جميعا لابي يوسف رح في وجه الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظ وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم وفيه منع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد وفيه منع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل ففي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبل عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطريه قال الا في مسئلة واحدة هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض ولكن للاستحسان وجهان احدهما ان المريض اذا قال لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة

ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه توفيقا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح

ولو قال المريض في الكتاب

اذا كان له مال عند الموت نصيبا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا فقبل في كلام المص تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى اخر وح لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرطهما اجاب المص رح بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح لقول الرجل لامراة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة **قال** ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا قال المريض لاجنبي

تكفل

ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه **قال** واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع به

تكفل عني بما علي من الدين فتكفل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس او على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الاخر من الاستحسان ولهذا اجاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها **قال** واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل مكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة رح وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا في ذمة الاصيل وكل كفالة بهذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الاخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الاخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بالاتفاق وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به

ولو تبرع به انسان يصح وكذا ينبغي اذا كان به كفيل او له مال وقيل انه تكفل بدين ساقط عن ذمة
الاصيل لان الدين هو الفعل حقيقة وهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المال
وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة   والتبرع لا يعتمد

الانسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ
من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق
فدل على ان الموت لا يغير وصفا للثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري
لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي
هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة
فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن وكان يبطل بهما على
ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة رح ان الدين ساقط
لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما
تكون بنفسه او بخلفه وقد انتفت باستغنائهما فانتفى الدين ضرورة
ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والفائدة الحاصلة
منه هو فعل الاداء اذ الدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب
كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال
فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي
اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التوضيح في باب صفة الحسن
للمأمور به وان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المص بقوله لكنه
اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتمليك
طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به
يؤول اليه في المال فكان وصفا مجازيا وان قلت العجز بنفسه وبخلفه
يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه
كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في
حالة الرق قلنا غلط بعدم التوقف بين ذمة صالحة بوجوب الحق عليها

ضعف

والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء
باق   فالدين لم يعلق

ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب
عليها وبهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المص ذكر دليل ابي حنيفة رح بطريق
المعارضة ولو اخرجنا سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين
ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان
احذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة
واستغنى عن اعادتها فيما هو نظيره فيما يأتي قوله والتبرع لا يعتمد
قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع
لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على الف درهم وانا كفيل به
صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا فلا بطلان
الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به
عن الحكمية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان يأخذ بدينه ما تبرع به
الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقاء الدين
في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى
الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري
فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا
يعني لو كان انتفى القادر بخلفه وهو الكفيل او المال في صح بقاء
الدين باق فقوله او الافضاء عطف على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ
ثم كانه قال الكفيل واي المال لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء
بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف و
نشر وتقريره فخلفه وهو الكفيل او الافضاء اي ما يفضي الى الاداء
وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما بنفس القادر او خلفه

او ما يقتضي الاداء، وقد وقع في بعض النسخ اذا الاقتضاء على وجه التعليل لقوله تخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باقٍ حذف فلالة المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت بما عندك راضٍ والرأي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجا الاداء منهما باقٍ فان الخلف مما به يحصل كفاية امر الاصيل عند عدمه وهما كذلك وفيه ما يُرى من التكلف مع الغنية عنه بالاول قال قيل ان احتج الخصم باطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي عليه السلام اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رض على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله عليه السلام ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد ما كان امتنع قبلها فما يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك قال الجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يلزم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم اولا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي رض ما فعل الديناران حتى قال بوما قضيتهما فقال الان بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولكن لو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق الا من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة

117

قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيها صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي لانه يحصل امانة في يده قال ان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى

عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحد ما متأهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعلومة موجودة قال ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فخذه قبل ان تؤدي فتقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق الطالب وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو تصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل

وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابراء الكفيل المطلوب قبل ادائه تصح فكذا اذا قبضه يملكه
المكفول عنه
الا ان فيه نوع

من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظ لانه قبض ما وجب له
فيملكه مع حق قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني
فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل
قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على
الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين
الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخر مطالبته بما وجب له
على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا
بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابراء الكفيل الاصيل
قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه
الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره
الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة
الكتاب ظ والمسائل المستشهد بها لكن لا يوافق ما تقدم من الصحيح
ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة
يوجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل
من المطالبة الا ان مطالبته حالة ومطالبة الكفيل مؤخرة الى وقت
الاداء فنزل ما وجب للكفيل من المطالبة على الاصيل من المطالبة منزلة الدين
المؤجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلته لو ابراء الكفيل المطلوب قبل ادائه
صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه واما هذا فذهب بعض الشارحين
وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى انه
اي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب
للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل

المطالبة

لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء صح

ان الصحيح

الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع
فلو كانت الكفالة بكر

المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة
مع ان المطالبة لا يستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له
المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون ضمير عليه كلامه
لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب
على المكفول عنه لا على الكفيل صح لا منافاة بينه وبين ما تقدم
ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس
على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين
الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث مطالبات
مطالبتي دين ومطالبة حالتين للطالب على الاصيل ومطالبة له فقط
على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة
للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين
الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل
فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل
هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه
معجلا ملكه فكذا هيهنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب الا ان فيه
اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد
ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رح نبينه في مسئلة
الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع
في اخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه
اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب
له على قول ابي حنيفة ومحمد رح لانه ربح من اصل خبيث وفي قول

فلو كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه قال وأحب إلي أن يرده
على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند أبي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقالا هو له
ولا يرده على الذي قضاه الكر وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به كما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي
تبينا فيسلم له

قوله أنه ح

أبا يوسف رح يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف
في الوديعة وربح فإنه على الاختلاف **قال** ولو كانت الكفالة
بكر حنطة ما تقرر كان حكم الربح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين
ككر من حنطة فقبضها الكفيل من الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب و
تصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا أنه ملكه قال أبو حنيفة رح
وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك
في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رح وفي رواية كتاب
البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الأصيل وبه أخذ أبو
يوسف ومحمد رح وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به
وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه
ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة أنه تمكن الخبث
مع الملك لأحد الوجهين إما لأن للأصيل أن يبطل من الاسترداد على
تقدير أن يقضي الكر بنفسه وإن كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك
متردد بين أن يبقى وأن لا يبقى ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك
أصلا كان خبيثا فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث وإما لأنه
رضي به أي يكون المدفوع إلى الكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه
الأصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث
أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام
وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما
يتعين كما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لأنه مما يتعين
والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير

قوله وعند أبي يوسف يطيب أقول
مخالف لما في شرح الكنز من أنه إذا
دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب
له الربح بالاتفاق ويطيب الفضل
ثم إلا أن يقال عن أبي يوسف فيه
روايتان
س ح

قوله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه وإما لأنه رضي به على
اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله
التصدق في رواية ويرده عليه في رواية، لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له
قال ومن كفل صح

قال ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل
والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة
فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض
بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه
من الإعراض عن الدين إلى العين وهو
مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة
الإقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل صح

إلى الخبث لحقه أي الحق الذي قضاه فإذا رده إليه وصل الحق إلى مستحقه
وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فإذا رد عليه
فإن كان فقيرا طاب له وإن كان غنيا ففيه روايتان قال الإمام فخر
الإسلام والأشبه أن يطيب له لأنه إنما ورد عليه باعتبار أنه حقه هذا
إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم
من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة رح ومحمد لا يطيب الربح للكفيل
وعند أبي يوسف يطيب **قال** ومن كفل عن رجل بألف أمر الأصيل
الكفيل أن يعامل إنسانا بطريق العينة وفسر المعاملة بأن يستقرض
من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة
عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة و
يتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه
البائع عليه لا على الأصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض
عن الدين إلى العين وهو مكروه لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض
مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فإن الإ
عراض عن الإقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات
كذلك وإلا لكان المرابحة مكروهة وإنما لزم الربح الكفيل دون الأصيل
لأنه إما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا إلى قوله على فإنه كلمة ضمان لكنه
فاسدة لأن الضمان والكفالة إنما تصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران
ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا
السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك
فإنه غير صحيح وإما وكالة فاسدة نظرا إلى قوله تعين فإن المشتري

لقوله عم إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم
أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم
والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة وقال عم
البخيل بعيد من الله بعيد من الناس
بعيد من الجنة الحديث
س ح

ثم قيل هذا ضمان لما يجب للمشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالمشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه هو العاقد قال ومن كفل عن

حريرا بعينه ثم يبيعه في النقد باقل منه ويقضي دينه وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجيب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشترى للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور العينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة وياخذ منه عشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها لعينة قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها لما هو المكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما قضي بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال ح

لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستانف كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح ومن اقام ح

والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به فيجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل في لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بنكتة كقوله اطال الله بقاءك وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق للدعوى لاطلاقها وتقيد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة ح والحاصل ان ههنا في تعليل هذه المسئلة ان المكفول به مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي الفا يحتمل ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك ولكن في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما ما قضي و لم يدعه او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يتحقق لكونه قضاء على الغائب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة قال ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي له به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى تلفيق فروق ذكرها منها اثنان احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم على ما مر ومن الفروق بينهما ان ههنا لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال

ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم واما الخلف فالامر ح

وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضى بها بالامر يثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه

وفي الكفالة بامره

كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك بينة لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامره وبينها بغير امره مع ان القضاء على الغايب لا يجوز فكان الواجب عدم التوقف في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامره او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشرى لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر بينة يثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغايب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغايب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشان ان صحة الكفالة بغير امر يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين من الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر واقام على ذلك بينة وان له على الغايب الف درهم كان له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب اذا لم يمكن اثبات ما يدعي على

وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه ولا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه

ومن باع دارا

على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغايب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومتوقف بذاته واذا كانت بمجهول لا يتحقق ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وسياتي تمام ذلك حوله وفي الكفالة بامره يجوز ان يكون فرقا اخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن اشترى شيئا واقر بان البايع باع ملك نفسه ثم جاء المستحق واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البايع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد رح فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعدما انكر العيب ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رح خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال وما في والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك

ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد

ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله اي الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد

قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه لان الكفالة اما ان يكون مشروطة في البيع او لا فان كان الاول فهو شرط ملايم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا [illegible] وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبا سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع خوفا من الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا يسمع دعواه بعد ذلك وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى قال ولو شهد وختم و لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني ولم يتكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه فقيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت

بطلت شفعته

قوله وبطلان السعي في نقض ما تم اول فيه تامل

قال ولو شهد وختم ولم يتكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشاهد الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم

بيع الفضولي

قالوا اذا كتب

قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او باع بيعا باتا او نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال

اي لاجل رجل بان كان وكيلا

بايع ان يكون فيه ضمن او لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملايمة ولا هي اقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك كما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد ذلك فانه تسليم فلا يسمع دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال فصل في الضمان من باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ واعلم ان كل من يرجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان الحق للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع

ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير و
كذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان
مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه
ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا

ان الوكيل حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف
ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك المضارب واذا كان كذلك فلو صح
الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم
التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا ينظر عند الخصومة ولان المال
امانة في ايدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين
لما فرضناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم
الشرع وليس للعبد ذلك لكونه نزعة الى الشركة في الربوبية وقد قرر بطلان
ذلك في التوحيد تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير
فانه لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولقائل ان يقول
الوكالة بالتواد ما مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان لا يكون
المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة
الى الضمان ونحوه لا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف
ثم باع بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان
الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وببطلانها حينئذ انما يكون في ورقة
صحة الكفالة والكفالة هي بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة
فلا يجوز ان تقع على وجه يبطل بها اصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني
ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما
لصاحبه حصته من الثمن لم يجز لانه ان صح فاما ان كان بحصته من الثمن
شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه خاصة
ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك
انما يكون حسا او بوصف مميز وكلاهما منتف في الذمة من الدين

بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب
احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل . قال ...

غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب
احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان احدهما لو اشترى
بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه
الضامن يكون بينه وبين المضمون له ان يرجع بنصفه على الشريك
فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كانه ما ادى
الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان
لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء
ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه
المسائل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شائع او بنصف هو نصيب
شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا او
قوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى
له ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من
الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب
صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه
نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع
انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو
من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبطل ما ادى فيما بقي لكذا
الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه
فكيف يصح شائعا اي ... بان نصيب شريكه وهو النصف له
مثلا اعتبار ان اعتبار نصف شائع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف
متميز في بعض افراد لا تعلق له في البائع من الافراد ولا خفاء في اختلافهما

قال ومن ضمن عن آخر خراجه او نوائبه او قسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف
الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا يؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها
ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجرة الحارس والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسراء
وغيرها جازت الكفالة بها
على الاتفاق وان اريد بها

وتغاير بها فتنزل ذلك بعض في التعقل وقول لا معنى لهذا ايضا
لانعقاد الاجماع الا انه يجاب عنه بانه انما يلزم القسمة فيه لان ما اشترى
احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه بخلاف
ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه وقع على الشركة
ثم ضمن احدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما
عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانهما يكونان باتحاد الصفقة والوضع
خلافه واستوضح بقوله الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان
كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال ومن ضمن
عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان بما الخراج والنوائب
والقسمة جائز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل وان الرهن والكفالة
جائزان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة
بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي
يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه
في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق بين الخراج والزكاة
وذكر المصنف رح فارقا بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل
اذ الواجب فيها تمليك طائفة من ماله يكون بدلا من شيء واعمال
الله ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها
ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككري الانهار المشتركة
واجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى
بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين

وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى
الصحة الامام علي البزدوي قدس سره   واما القسمة

ولم يكن في بيت المال مال فوظف على الناس لذلك والضمان فيه
جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته
فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها
الظلمة في زماننا ظلما ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح
الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا
ولا شيء عليه شرعا هنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي
يريد فخر الاسلام رح لا صدر الاسلام فانه مال الى عدم صحتها قال فخر
الاسلام واما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او
غير ذلك فما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة
بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا
ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة
كان مأجورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذه باطلا ولهذا قلنا
ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا
بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا
كان الآمر مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر
عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر
والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى
النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب
وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناه ان احد الشريكين
اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر من ذلك فضمن انسان ليقوم
مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم

وأمّا القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصّة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيّناه ومن قال لآخر لك عليّ مائة الى شهر فقال المقرّ له هي حالّة فالقول قول المدّعي والعال ضمنت

معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا اقسم بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء هي بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا اقتذكره بالتاء بالواو للبيان من باب العطف للتفسير او حصّة منها اي من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامّة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك فيجب اداؤه فتكفّل به رجل صحّت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان تذكر الرواية على هذا التقدير وقسمة بالواو ليكون عطف الخاصّ على العامّ كما في قوله تعالى من كان عدوّا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المص رحمه الله على ان الرواية باو على تقدير ان يكون القسمة حصّة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصّة منها فهو محلّ او واما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محلّ الواو لما مرّ وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وممّن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيّناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحقّ بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حقّ

قال ومن قال لآخر لك عليّ مائة الى شهر ومن قال لآخر لك عليّ مائة الى شهر فقال المقرّ له هي حالّة فالقول قول المدّعي لكونها حالّة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقرّ له حالّة فالقول قول الضامن وروى عن ابي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقرّ له وقال الشافعي القول فيهما للمقرّ ان الدين نوعان حالّ ومؤجّل فاذا اقرّ بالمؤجّل فقد اقرّ باحد النوعين فالقول

وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقرّ له هي حالّة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقرّ اقرّ بالدين ثم ادّعى حقّا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقرّ بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما اقرّ بمجرّد المطالبة بعد الشهر وان الاجل في الديون عارض

قوله اعتبارا بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادّعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدّق فيه الا بحجّة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقرّ بالدين مدّعيا حقّا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل فكان ثمّة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقرّ بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدّم وانما اقرّ بمجرّد المطالبة بعد الشهر فوقع الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيتعلّق به الّا انه اقرّ بالمطالبة فللخصم ان يقول اقرّ بالمطالبة مدّعيا حقّا لنفسه وهو تأخيرها الى اجل فكان ثمّة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتمّ الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المص ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما نذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعمّ من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة

قوله وان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت الا بالشرط كان من عوارض وما يثبت بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان مقتضى البياعات

وكان الاجل في الديون عارضاً حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما
في الاجل في الكفالة نوع آخر حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصيل والشافعي رح الحق
الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه. قال ومن اشترى الخ

والمشهور وفي المتلقات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي
الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلاً من غير شرط اذا كان مؤجلاً في
غير شرط اذا كان موجلاً على الاصيل فكان الاجل فيها لبعض الكفالة
متنوعاً له كالخطوط المتنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور
في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضاً
لا يثبت الا بشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط
الخيار واذا كان في الكفالة ذاتياً كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره
فكان القول قوله ووقع في المتن والشافعي رح الحق الثاني بالاول
وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور
من مذهبهما فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما
ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر قال ومن
اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له
رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري
الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة
من المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء
القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر
الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبداً فاعتقه بائع
الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب
الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال
على ظاهر الرواية احترازاً عما قال ابو يوسف في الامالي انه ان يأخذ
الكفيل قبل ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب

قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع
لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع لان احتمال
الاجازة ثابت فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء

بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف رح ان
البيع يبطل بمجرد الاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل
ومن اشترى عبداً وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على
الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح
ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه
وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك
وجه فتعذر العمل بها بخلاف الخ

للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم
بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينها
وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع
يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء وموضعه
اوائل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد
فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفاً لترتيب سائر
الكتب تبركاً بما املى به ابو يوسف ابواباً وجعله اصلاً
وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب
من تصنيف ابي يوسف وزياداته
من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء
املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون فلم يغيره محمد رح
تبركاً به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم
ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر فيها
ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافاً
والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص
وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة
لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع
وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا يصح
الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد و
العقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد
وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق

قال محمد رح اخذ ما املى ابو يوسف رح

بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رح
لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك
وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار
الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل عليه فصار مبهما تعذر العمل به واما
جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق
فصار مبينا له فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة رح قال هو عبارة
عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام
ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او
فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة
الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان
عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل
بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف رح
كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه
او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا
اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المص نظر لان
الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان
المراد به الثمن مجازا فشهرة امره معتذرة وبلاغة التركيب باستعمال
المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المص رح وذكر الصدر الشهيد
في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند
ابي يوسف ومحمد رح وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في
العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر
هنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا رح
ان عند ابي حنيفة رح ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكر المص رح

فكانه

باب كفالة الرجلين واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما
اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع به على شريكه حتى
يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر
كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق
الاصالة وبين ما عليه بحق الكفالة
لان الاول دين والثاني مطالبة
ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول
وفي الزيادة لا معارضة فيقع
عن الكفالة ولانه لو وقع

فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف
والله تعالى اعلم باب كفالة الرجلين لما فرغ من ذكر
كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فاختر
وضعا لتناسب الوضع الطبع قال اذا كان الدين على اثنين و
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشترى الرجلان عبدا بالف والتمس
دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان
كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل
من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادى الى تمام النصف
كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا و
عشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود
ثمن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما
عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة
لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين
بدون الدين غير متصور فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها ويصرف
المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا يعارضه ان لم
يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء المعارض
وفي النصف كان انتفاؤها لكون احدهما راجحا لا لانتفائه قوله
ولانه دليل اخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى
وهو الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم
للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه

قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون احدهما راجحا لا لانتفائه اي المعارض وضمير لانتفائه راجع الى احدهما

ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه
فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة

الا يرجع عليه لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور
فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء نائبه
كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدي يقول له انت
اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان
احيل المؤدى عنك فان رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعلته
عنك فارجع عليك لان ذلك الدين الذي اديته عني فهو ادائي في التقدير
ولو اديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير ادائي كذلك والشريك الآخر
يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا
المؤدي عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف
الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان
يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع
واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع في كل واحد من الكفيلين كفالتان
كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد
منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل
لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فصح الكفالة
عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على
آخر وهو معنى قوله معنى المسئلة في الصحيح وكل شيء اداه احدهما
رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا لان ما ادى احدهما وقع
شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما
تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينهما و

ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل على الاصيل وبالكل على الشريك والمطالبة
متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل
كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه

واذا عرف

واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما
تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع
احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع
على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال
عنه بامره قال واذا ابرأ رب
المال احدهما اخذ الآخر بالجميع
لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة
الاصيل فبقي المال كله على الاصيل
والآخر كفيل بكله على ما بيناه و
لهذا ياخذه   قال واذا

باب الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى
الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما
ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما
لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال لشراه بنفسه
ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدي عن الكفالة تؤدي الى
الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لتأتي الوجوه المبنية على ذلك
فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر
بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه
لا لهما وقال وان شاء يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه
لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط
لم يكن له الرجوع على الاصيل وقال واذا ابرأ رب المال احدهما
اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله
على الاصيل والآخر كفيل عنه على ما بيناه في قوله ان تكون الكفالة بالكل
عن الاصيل ولهذا ياخذه به وهو ظ قال واذا افترق المتفاوضان
فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين اذا افترق
المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان ياخذوا ايهما شاؤوا
بجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد
المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان
من ضمان التجارة وحق كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاؤوا بجميع الدين
لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق
فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه

قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع المال لان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف
لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين

قال واذا كوتب

قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى

أي كل واحد منهما

وإذا عرف هذا

حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين

قال وإذا كوتب العبدان إلخ كتابة واحدة إذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف إلى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر ودل على هذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بالألف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها وأما إذا اختلفت الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما متعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحها بهذا الطريق وإذا عرف ذلك يعرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة أعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر

قوله أي بأداء كل واحد منهما أقول الأولى أن يقول بأداء واحد منهما لأنه يعتقان بأداء واحد منهما

وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة وإن لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر

لأن المال

لأن المال في الحقيقة

141

لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه يؤدي عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله تعالى أعلم

باب كفالة العبد والله أعلم

لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى عن موضعها وإذا أعتق استغنى عنه انتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف وعورض بأنه إذا كان مقابلا بهما كان كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يقع الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفرق الصفقة على المولى لأن المؤدى لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص إضرار للمولى بتفرق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالأصالة قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة وأجيبوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفقة لأن البقاء يكون على وفق الثبوت فإن أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لأنه أدى عن نفسه والله تعالى أعلم

باب كفالة العبد وعنه حق هذا الباب التأخير لأن العبد متأخر عن الحر شرفا وأما لأن الأصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الوارد المجمع المطلق وفيه ما فيه قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسألة قوله فهو حال وفيه عن

قوله ولكن اعتبر كون الوارد المجمع المطلق أقول وبدا بالكفالة عن العبد المكاتب حق يعني المسألة المصدر بها الباب كفالة الحر عن العبد وعنوان الباب يقتضي أن يصدر الباب بكفالة العبد عن الحر واعتبار الوارد المجمع لا يدفع ما ذكر لأن الأنسب تقديمه في العبد مطلقا

باب كفالة العبد والكفالة عنه قال ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر

ثم اذا ادى

عبارة محمد رح في الجامع الصغير وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غير حال اما عبارته في الكتاب لان عبارة محمد رح تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالاً فاستهلكه فانه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد رح واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتناولها ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤاخذ بذلك كله في الحال اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملي او المفلس واما كونه حالاً فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غائب يصح ويؤخذ به الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان في حق الاصيل متأخراً الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضاً الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه

ثم اذا ادى يرجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

قال ومن ادعى

قال ومن ادعى على عبد مالاً فكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حراً فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول

قال واذا كفل ع

متأخر بمؤخر يعني ان الدين عنه تأخر عن الاصيل بمؤخر اي امر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً ثم اذا ادى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالاً الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً او عبداً فان بموته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حراً وذكر هذه تمهيداً للتي بعدها وليبان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان كل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيد باقامة البينة احترازاً عما اذا ثبت الملك باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد المثبت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق او لا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فله ان يجعلها بالدين بالرهن والاقرار واذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او المال مديوناً كان العبد او غير مديون

قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء

وقال زفر يرجع

وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى يقع كفالته بالمال عن المولى اذا كان
بامره واما كفالته عن العبد فتقع على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع
وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا
العبد على مولاه فلا تنقلب
موجبة ابدا كمن كفل عن غيره
بغير امره فاجازه ولانه لو تحج

واذا صحت الكفالة وادى العبد ما كفل به بعد عتقه وادى المولى
ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله
يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق
قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد
لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا
يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة لم تنقلب
موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه واجاز فان الكفيل بعد الاداء
لا يرجع على الاصيل بشيء لذلك ونوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون
وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك
لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان
العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لان
استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق
فلا يكون مما نحن فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به
حر او عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل
دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فلانه دين
غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه
درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى
لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتا من وجه
دون وجه فلا يظهر في صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها التوثق
المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق

للكفالة
ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي
فلا يظهر في حق صحة الكفالة
ولانه لو تحج

ولانه لو عجز نفسه يسقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا
ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب
عنده والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

للكفالة فائدة بل قد يكون هزءا او لعبا قوله ولانه دليل اخر على عدم استقراره
فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء
او الابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليل اخر على المدعى وهو عدم صحة
الكفالة ببدل الكتابة وتقريره ان الكفالة به ان صحت فلا يخلو اما ان تكون
ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل
نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا والاصيل لا كل واحد منهما
اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يعود رقيقا لمولاه كما كان والكفيل
ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان
من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا
للزيادة على الملتزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على
الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان
على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمناه مطلقا لزم
الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه
اذا عجز نفسه سقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائه عليها
اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في
عدم جواز الكفالة به للمولى على قول ابي حنيفة رح لكونه دينا غير مستقر
لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم
قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما
تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستحق السقوط بالتعجيز وهو في السعاية
لا يتحقق فكان كالحر المديون كتاب الحوالة
الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما لما على الاصيل كما في الكفالة

كتاب الحوالة وهي جايزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه
التزم مايقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل
في الدين لا في العين قال وتصح

ولهذا اجاز استعارة كل منهما للاخر اذا اشترط موجب احديهما للاخرى
عند ذكر الاخرى لكنه اي الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تعقد
الكفالة فكذا ماتتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف
ماتركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين
من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به واما شرطها
فسنذكره في اثناء الكلام وكذا احكامها وانواعها قال وهي جايزة
بالديون الحوالة جايزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فيدل عليه
النقل والعقل اما الاول فما روى ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي
عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله عليه السلام
قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي
في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة
حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع
والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل على جوازها
واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة
واما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل كما ذكرنا والتحويل في الدين
لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور
في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند
المطالبة فجاز ان يعتبر الشرع في ذمة شخص اخر بالتزامه واما العين
اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل اخر ليس هو فيه لان
الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان

قال وتصح برضى المحيل والمحتال والمحال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل به والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل
فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه
وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه
لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره
قال واذا تمت

لان الدين حقه وهو اي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد
من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحال عليه فهو شرط
عندنا وقال الشافعي رح ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال
مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه
لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره
كما لو وكل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه
بالاجماع وقلنا انه التزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا بقال الزام
الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام لان الحكم اظهار للالتزام لا
الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدوري رح وعلله بان ذوي
المروات قد يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم
وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من
المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه
لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون فايدة اشتراطه الرجوع
عليه اذا كانت بامره وقيل عليه ولعل موضوع ما ذكره القدوري ان
يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا
لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون
ابتداؤها من المحيل وقد تكون من المحال عليه والاول احالة وهي فعل
اختياري لا يتصور بدون الرضى والارادة وهو وجه رواية القدوري
والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه
وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه
الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء

قال وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح

من غير قصر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي

قال وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل عن الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضى من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى انها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب براءتها عن المطالبة وحدها وذلك ذكر محمد رح احكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه عن الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحتال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحتال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء ح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد المال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترده كما لو ابراه

وقال زفر رح لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتحقق التوثق باختيار الأملى والاحسن في القضاء واما الجبر

عن الدين فعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف لا يصح لبراءته بالحوالة وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المص يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان بقاء الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رح لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى ونقل ذلك عن مالك رح الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما ينضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير اذن المحيل فانها حوالة صحيحة كما تقدم ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فان الدين بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء لبسوطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب

وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا على القبول
قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان البراءة
حصلت مطلقة فلا تعود الا
بسبب جديد ولنا انها مقيدة
بسلامة حقه له اذ هو المقصود
او تنفسخ الحوالة

بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله
والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل
الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب ان لا يجبر
المحتال على القبول اى لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع
من المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء
الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم
ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة
اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال ولم يرجع المحتال
على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اى اذا
تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء الا ان
يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى هو قال الشافعي رح لا يرجع و
ان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اى من شرط الرجوع على
المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان
كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتأيد بما روى عن ابن
المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على آخر فمات
المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده
بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او
مطلقا والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيدكم لجواز ان يكون
مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها حصلت
مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان
المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحيل الثاني

قوله كان له على علي رض دين فاحاله اقول ليس في حديث علي رض ما يأتي فيما قبله الله يدل الا انه على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

لانفس

او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى
اى عقد الحوالة
اى لفوات المقصود

لا نفس الوجوب لان اللزوم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة
الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحيل الثاني كالمشروط في العقد
الاول لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول
فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان
اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن
وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا
يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ
وقوله او تنفسخ الحوالة لفواته اى لفوات المقصود وهو السلامة
لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل
له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار
رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما قدمنا
اشارة الى عبارة اخرى منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد
الدين على المحيل والمص رح جمع بين طريقي المشايخ رح واستخدم
قوله فصار كوصف السلامة في المبيع حيث جعله بمعنيين مختلفين ويؤيد
ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رض انه قال اذا توى المال على المحال عليه
عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال امرئ مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف
فحل محل الاجماع وعورض بان المحال له وقت الحوالة مخير بين ان
يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأبى فيبقى
حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه
ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين
ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى اذا اعتق عبده المديون

قال المص فصار كوصف السلامة في المبيع اقول بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري بهذا المبيع بان الكلام الاول فالمص جمع بين طريقي المشايخ رح واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع حيث جعله بمعنيين مختلفين

قال والتوى عند ابي حنيفة رح باحد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح

فاختار الثواء استيفاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على الولي بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه انما يرد به شيئين احدهما اصل والاخر خلف عنه وكل واحد منهما اصل فان كان الثاني فليس فيما نحن فيه فعقبته عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة التوى الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع

قال والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة رح يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال والمحيل على المحال عليه لانه تعذر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل بهذا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك يحتمل ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه

فقال

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكره والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه

فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والشافي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة قال واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان قيل اقدامه يبطل حق المحال عليه في الرجوع فان قبول الحوالة يجوز ان يكون اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز ان لا يكون عنه وان يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحال بما احاله فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مرادا من لفظ ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر قال ومن اودع رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين

واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه

ومن اودع رجلا

ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء
فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم

مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة
بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان
يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها
ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان
كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له
في يده عين ايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل
المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه
كذلك لانها تحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي هي على الاصيل
والغرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال
عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم
في الكفالة والمؤجلة هي ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل
على المحال عليه بذلك الاجل فان الحال يكون على المحال عليه الى ذلك
الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف
درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة
بالعين الذي في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه اقدر على
القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق
من غير حق المحيل ومن لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني
ان الوديعة حاصلة متعينة لا تحتاج الى الكسب والدين قد يحتاج اليه
واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز فلما كانت جائزة بالدين
فلان تكون جائزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع
وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة

بالوديعة

فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف
كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل
مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد
موت المحيل وهذا لانه

بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتقيد بها وتبطل بهلاكها
كما في الزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كان مقيدة
بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه فقيد الحوالة بها بيان حكم
لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان
المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا
وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فوات الى خلف وذلك
كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم
وللمديون على آخر كذلك واحال المديون الطالب على مديونه بالالف
على ان يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة
المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت
او غصبا او بالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك
العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق به حق
المحتال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي
حقه مما للمحيل عليه او بعد ما فيتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل
ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذهما ولو دفعهما وديعة المودع
او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من
يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة
للغرماء اشارة الى ان الحكم الاخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما
اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة

وهذا لانه لا يملك مطالبته به فبأخذه منه تبطل الحوالة وهي في حق المحتال كالمطلقة
لانه لا يتعلق حقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره

اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات
ولم يترك شيئا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين
الذي عليه فالمحال له اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر وهو القياس
لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا
المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حياته فكذا بعد وفاته وقال
المحال كان له حق تعلق بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء يتعلق
في مرضه فيتقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال
عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا
ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت
للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك الرهن يدا و
حبسا فيثبت له نوع اختصاص بالرهن شرعا لم يثبت لغيره
فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه قوله وبهذا اشارة الى قوله
ان لا يملك المحيل ونزيره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة
لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ماله عند المحال عليه
من العين او عليه من الدين لان الغرماء لا يتعلق حق المحال به
اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه
وفي الذمة سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى
هذا ليس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحال له من الوديعة
والغصب وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء الحوالة لما كانت قال
ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء
فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به

للاحكام

قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع
استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فـ

للاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه
وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده
المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به
سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول
الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة
واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا
الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة
ايضا في الديون كتاب ادب القاضي لما كان
اكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها و
هو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء
وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة
يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز
ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك ان
القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد
الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد عليه السلام
وعليهم الصلوات والسلام قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى
ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله و
لا تتبع اهواءهم قال ولا تصح ولاية القاضي لا تصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ
اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية
غيره لا بطلبه التولية بشرائط الشهادة من الاسلام والحرية

اما الاول فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان
اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء و
الفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي
ان يقبل القاضي شهادته ولو
قبل جاز عندنا ولو كان عدلا
ففسق باخذ الرشوة او غيره
لا ينعزل ويستحق العزل وهذا
هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا
وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا تقبل شهادته
عنده

والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول
يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى اي
يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة
من باب الولاية وهو تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل ما
يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة
لان ولاية القاضي لما كانت اعم او اكمل من ولاية الشهادة او مترتبة
عليها كانت اولى باشتراطها وربما لوح المصنف بقوله يستقى
استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة
كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة
حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين
لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي
شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط
الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي عليه السلام
بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق
باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنى
وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط عند التقليد سقاطي المحرم
ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه
فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي
قوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل قهو ظاهر المذهب
وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي رح
وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى

ذلك

وعن علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رح اذا قلد الفاسق
ابتداء يصح واذا قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
دونها وهل يصلح مفتيا

ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار
الطحاوي رح ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول
الحد لقوله وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز
قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل
شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص
فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل
ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون
راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة
فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من
الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق
الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتنى عليه
احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها و
جواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت
القضاء بالفسق ابتداء او العدل بالفسق الطاري والجواب
يؤخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط
فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال
ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة
اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب
موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي

وهل يصلح مفتيا فقيل لا يصح لانه من امور الدين وقيل انه يصح لانه يجتهد كل الجهد حذارا لنسبته الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم فصار كالتحري فانه لا يجاوز بتحري غيره ولنا ما روي ح

باشتغاله والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى ان من الامراء من قد غلب وجار واجازوا احكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له راي فان لم يكن له راي وسال فقيها اخذ بقوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي فانه علل له بقوله لان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصد بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يجز ذلك والاول هو الظاهر

ولنا ما روي انه عليه السلام قلد عليا قضاء اليمن قبل ان يبلغ حد الاجتهاد ولانه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد

انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رح في مسنده عن علي رض قال انفذني رسول الله صلعم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا رض لم يكن من اهل الاجتهاد ثم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا تقليد المقلد عند وجود المجتهد والعدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين بين وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطالب على ما يصلح

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال ولا باس

قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق من نفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رض تقلدوه
وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه
ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم

الا يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتني
عليها مما يخالف القياس كدخول الحمام وتعاطي البيعين وغير ذلك
قال ولا بأس بالدخول في القضاء، ولا بأس بالدخول في القضاء
لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحكم لان القضاء
بالحق فرض امر به الانبياء، قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة
في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا انا انزلنا اليك
الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي
هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه
وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا
عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا
فلا اقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها واجيب
بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان لا بأس
قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه من خاف العجز عن
اداء فرض القضاء، ولا يأمن على نفسه الحيف والجور فيه كره له
الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرته
القبيح وهو الحيف في القضاء، وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر
ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا و
في الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل ان يقول لي على
فلان او له علي مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض
العلماء وبعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم
او خافوا عليها وفسر الكراهة هنا بعدم الجواز وقال الصدر الشهيد

في ادب

وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان
الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه
عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة
لحقوق العباد واخلاء للعالم عن
الفساد

قال وينبغي

في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى
ان ابا حنيفة رح دعي الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب
في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير
اصحابي فاستشار ابا يوسف رح فقال ابو يوسف لو تقلدت
لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب قال ارايت
لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك
قاضيا وكذا دعي محمد رح الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر
ثم تقلد واستدل المص على ذلك بقوله عليه السلام من جعل على القضاء
فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رض وذكر الصدر الشهيد
في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان
السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر
في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر
في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه الهلاك وكان
شمس الائمة الحلواني رح يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري بهذا اللفظ
كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له
هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه
بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه
اذ عطس فاصابه الموسى والقى رأسه بين يديه ثم قال المص والصحيح
ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل روى الحسن عن
ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال الترك
عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا

ع

قال ويبنغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده يقومه ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

اي بالتخفيف اي فوض امره اليها

ثم يجوز التقلد اي القضاء ح

ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري انه يقدر على الوفاء به اولا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من صلح للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى انس بن مالك رض من قوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ووكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فهمه وورعه وذكاءه واعجب بنفسه فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله لكونه مكسور القلب بالاكراه عليها لا بحبه ورضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ثم يجوز التقليد تفريع على مسئلة القدوري فتبين انه لا فرق

قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم اقول اي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

نزل عليه ح

باجواز

اي يجوز تقلده مقابله

ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رض تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رض في نوبته وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من [redacted] القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان

استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر

اي العادل يمكنه

قال ومن قلد ح

في جواز التقليد لاهله يعني ان يكون المولي عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر رض وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رض وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه اصول الفقه باب الامامة في اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الافاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن تقلد تسلم ديوان القاضي الذي قبله من تولى القضاء بعد عزل ان تسلم ديوان الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء والا لا يفيده وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكير ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورق كان او اوراق لا يخلو من امور ثلاثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسلم القاضي اليه ظ وكذا ان كان من مال الخصوم

قوله احترازا عما يقوله الروافض اي ويحتمل ان يكون احترازا عن خلافة معاوية استقلالا

قوله والا لا يفيده اقول يعني فائدتها المطلوبة منها الحجة ... [illegible]

قال ومن قلد القضاء تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله وهي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء

ثم ان كان البياض ح

كالصكوك

ثم ان كان الباقي من بيت المال فظهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده ليعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تموّلا

ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المولى او امينه ويكتبا لانه شيئا فشيئا ويجعلا لكل نوع منها في خريطة كيلا تشتبه على المولى

فهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في

في الصحيح لانهم وضعوها في يده ليعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تموّلا وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المولى على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح عندنا ما ذكرنا لما ذكر قوله ويبعث امينين بيان الكيفية التسليم وهو ان يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو الاحوط و الواحد يكفي فيقبضانها بحضرة المولى او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كيلا تشتبه على المولى لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المولى ربما لا تشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السؤال اي سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون الا لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو متعد الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسأل المعزول عن احوال السجلات وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسأل لانه اي يسأل لانه شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى منفصلا كما في قوله بيّنت له حسابه بابا بابا وينظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين

ثم ان كان الباقي من بيت المال فظهر وكذا اذا كان من مال الخصوم

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل به كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع

وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب ذلك لان الاقرار ولاية الواحد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان اقام البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردّهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تقم البينة او لم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه وان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية و يستظهر امره كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غايب يدعي عليه اذا حضر والتوقف لابي حنيفة رح في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يؤخذ هناك كفيلا على ما سيجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تاخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغايب ثابت بيقين نظرا الى [illegible] حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر في المبسوط [illegible] [illegible]

وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل به على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده
لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لانه شاهد الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه
فيقبل قوله لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا
بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم
اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي
يقول هو لغيره فيسلم الى المقر له
الاول لسبق حقه ويضمن
قيمته للقاضي باقراره الثاني
ويجلس للحكم

ثم ابيضمن قيمته باقراره الثاني ويسلم الى المقر له الاول بسلم القيمة

الصحيح ان اخذ الكفيل هنا بالاتفاق فان الخصم المذكور يكون محتاجا
اليه وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب عليه شيء
فنادى عليه شهرا ثم خلى لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع
احتاط بوجه اخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا وينظر المولى في الودايع
وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور
على حسب ما تقوم به البينة او باعتراف من هو بيده لانه لا بد للعمل
من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا ان
يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل حينئذ قول المعزول
لانه باقرار ذي اليد يثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول
به كان له بيده للحال ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان
بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدا ذو اليد بالاقرار
لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن
قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل
ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر
بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب
بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه
القاضي الي وهو لفلان ابن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور
في الكتاب اولا بتفصيل واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري
لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتفصيل التفصيل واما ان يقول
دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له القاضي وهو المذكور وحكمه ما
تقدم لانه لما بدا بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال

ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين و
المسجد الجامع اولى لانه اشهر
وقال الشافعي

في يده لما مر ثم اقر انه لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير
من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب اخرا و
حكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن قيمة القاضي
باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته
ان كان قيميا وهذا لان اقراره للاول لما صح وجب تسليم المال الى
المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول لفلان اخر
فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي اتلف
المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل
صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان
الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده اولا وعلى كل واحد من التقديرين
يلزم التسوية بين ما بدا ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدا
بالاقرار للغير لشمول الضمان او لشمول العدم ولم ار احدا ذكر
الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان
الاقرار الاول بكون اليد لغيره يصلح بابطال ما بعده والا فلا وذلك لان
الاقرار ممن لا يد له لصدوره ممن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر
باليد لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره
عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار
باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق
غيره ولكنه يصح في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه
باقراره لغيره في وقت يصح منه ذلك قال ويجلس للحكم
جلوسا ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد

ويجوز قوله تعالى انما المشركون نجس

وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان النبي عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء ح

شرح

كيلا تشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وروي عن ابي حنيفة رح انه قال في المسجد الجامع اولى لانه اشهر واوسع للناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تع انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك رح بين ما اذا كان الحاكم في المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه عليه السلام قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله ع م يفصل الخصومات في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلوة قوله ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي ونحن نقول نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي ع م كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض شيء منه والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة قال قيل يجوز ان تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلد

ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة او م

ولو جلس بداره ح

قوله وروي عن ابي حنيفة انه قال الجامع اولى يعني انه قال المسجد عطف على الكلام السابق

ثم وقد بالوفود الخ

لما تقدم

ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جريا على العادة وفيما وراء ذلك ح

بعد في داره

كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول فيها لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له او ممن جرت عادته بالمهادات قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول الله عليه السلام استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال عليه السلام فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر أيهدى له ام لا واستعمل عمر رض ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعلم ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهادات قبل القضاء وان لا يكون و عبارة النهاية تدل على ان المهادات بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء

المهادات م

وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته
وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ولا
يحضر دعوة إلا أن يكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب
الإطلاق قريبه وهو قولهما
وعن محمد أنه يجيبه وإن كانت
خاصة كالهدية والخاصة
ما لو علم المضيف أن القاضي
لا يحضرها لا يتخذها
قالوا ويشهد

بمهاداته ولم يزد فلأنه ليس بأكل على القضاء بل يجري على العادة
حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة وإن حصل أن المهدي
للقاضي إما أن يكون ذا خصومة أولا والأول لا يجوز قبول هديته
مطلقاً أي سواء كان قريباً أو مهادياً قبل القضاء أو لم يكن و
الثاني إما أن يكون قريباً أو ممن جرت له العادة بذلك أولا و
الثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه والأول يجوز قبوله
إن لم يزد من له العادة على المعتاد قال الإمام فخر الإسلام إلا إذا زاد
على المعتاد عنده ما زاد إلا بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله
ثم إن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ
فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على أربابها
إن عرفهم وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا
أن الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمها حكم اللقطة
وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدي إليه لعمله وهو في
هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من قبيل الغنى لهم
ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة قيل هي ما تكون
فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان
عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المص أن الدعوة الخاصة
هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار
شمس الأئمة السرخسي وإطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين
القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن محمد أنه
يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في

الفرق

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه السلام
للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف أحد الخصمين دون
خصمه لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة
قال وإذا حضرا سوى ح

الفرق بينهما بين الضيافة والهدية حيث جوزوا قبول هدية ذي
الرحم المحرم ولم يجوزوا حضور دعوتهم إلا ما قالوا في الضيافة محمول
على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهادات قبل القضاء وإنما حدث
بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهادات قبل
القضاء صلة للرحم وذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة
عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وإن
كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض أي الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض
لأن ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة
حقوق روى أبو أيوب رض قال سمعت رسول الله عليه السلام
يقول للمسلم على المسلم ستة خصال واجبة إن ترك شيئاً منها فقد
ترك حقاً واجباً عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعوده
وإذا مات أن يحضره وإذا لقيه أن يسلم عليه وإذا استنصحه أن
ينصحه وإذا عطس أن يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف
أحد الخصمين لأنه عليه السلام نهى عن ذلك روي عن علي رض أنه قال
إنه نهانا رسول الله عم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه و
لأن الضيافة والخلوة تورث التهمة قال وإذا حضرا سوى
بينهما أي إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وإن كان أحدهما من
ولاة والآخر فقيراً أو كانا أباً وابناً يسوي بينهما في المجلس فيجلسان
بين يديه على الأرض لأنه لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب
إلى القاضي فيفوت التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر

قال وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم في الجلوس والإشارة والنظر قال ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء

قال ويكره ه

عن بيانه فكذلك لفصل اليمين وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فيجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه وكذلك يسوّي بينهما في الإقبال وهو التوجه والنظر والأصل فيه قوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم في المجلس والإشارة قال ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرًّا ولا يشير إليه بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لأن في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولأن فيه كسر قلب الآخر فيتحير عن طلب حقه فيترك وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن إساءة الأدب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعون والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد هو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا ونحو ذلك لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لإحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان

قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم

واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة

٢٠٨ واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

وإذا ثبت الحق عند القاضي فطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها

وسنذكره إذا ثبت ه

لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين إحياء للحقوق بمنزلة الإشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وأخر قول أبي يوسف لما أن اختياره القضاء والإشخاص هو إرسال الراجل لإحضار الخصم

فصل في الحبس لما كان الحبس من أحكام القضاء ويتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى أو ينفوا من الأرض فإن المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي أن رسول الله عليه السلام حبس رجلا بالتهمة إلا أنه لم يكن في زمان النبي عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن علي رضه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وكان القاضي نصب لإيصال الحقوق إلى مستحقيها فإن امتنع المطلوب عن أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الأداء ولا خلاف أن لا يجبر بالضرب فيكون بالحبس قال وإذا ثبت الحق عند القاضي فطلب حبس غريمه إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو إما أن يثبت بالإقرار أو بالبينة فإن كان الأول لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وإذا ثبت الحق بإقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الأمر لأنه من حجته أن يقول ظننت أنك تمهلني فلم أستصحب المال

وبهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بالإنكار قال فإذا امتنع حبسه

قال أبيت أو فيك حقك فإن امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وإن كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بالإنكار وروي عن شمس الأئمة السرخسي عكس ذلك ووجهه أن الدين إذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت أن له دينا علي فإذا علمت الآن لا أتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الإقرار والمال غير معتذر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لأن مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والأضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لأن حقوق الميت يصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما إذا لم يكن ذلك لأنه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب وإن مرض وله خادم لا يخرج لأنه يمتنع ليضجر قلبه فيسارع إلى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وإن لم يكن له خادم أخرجوه لأنه إذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه أحد لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال فإن امتنع

حبسه في كل دين لزمه بدلا فإن امتنع الزمه عن أدائها عليه حبسه إذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فإن ادعى الإعسار

قال فإذا امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي إثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال قال في السعدية

وأنكره المدعى اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المص على ذلك بقوله لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما دون ذلك يعني ضمان الغصب وأرش الجنايات إذا قال إني فقير لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه إلا أن يثبت المدعي أن له مالا بالبينة فيحبسه وروى الخصاف عن أصحابنا أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك كما كان بدلا عن مال وما لم يكن لأن الأصل هو العسرة إذ الآدمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم تعرف قدرته على القضاء فيبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة

وفي النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان توئيدان القولين الاخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط بالموت النفقة بالموت على الاتفاق

وكذا عند ابي حنيفة ضمان العتق القدوري ان القول قول المدعي فيما التزمه بعقد

فذلك ثلثة اقوال وفي المسئلة قولان اخران احدهما ان الكل ان كان بسبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر انه يحكم الزي ان كان في زي الفقراء كان القول له وان كان في زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلاته قوله وهما ان المسئلتان محفوظتان توئيدان القولين الاخرين اما تائيدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا كان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تائيدهما للذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين المذكورتين وتقريره انه اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا سقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح

قوله اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة قوله الانفاق لا يكون دينا فلا وجه لهذا التاويل والاصوب ان يقال تاويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمان الاعتاق سعدي

هو ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء من له او بابقاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وح لا يرد النقض على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حيوته ومماته من جهة الا بالابقاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلثة ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر وروي غير التقدير بشهرين او ثلثة بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلواني وهو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الاخر فان وقع في رايه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سال عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت عليه بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن

وكذا عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكره وروي غير

ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او باربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه

قال فان لم يظهر

قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي هذه المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما

ولو قامت البينة ح

قال مشايخنا هذا اذا كانت لما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه و لكن لو سال كان احوط قيل محمد رح قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك ويتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقدار ما لم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي راها القاضي برايه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق

النظرة

ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رح قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تع قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله

وفي اداده ح

النظرة الى الميسرة بقوله تع وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخلى سبيله ما لم يمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب بذلته وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس ففي محمد فيه روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رح وفي اخرى وعليه عامة المشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع من ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تع وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا الظاهر يناقض ما ذكر

فانه يفهم ايضا مما ذكره انه اذا لم يظهر له مال قبل المدة لا يخلى سبيله

[illegible]

ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانها لا تتدارك لسقوطها بمضي الزمان

تم كتاب القاضي

في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكره المص وتأويله بقوله ومراده اي مراد محمد رح اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وبهذه الرواية يصلح ان يكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظ هو التأويل بقوله والحبس اولا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها فرفعته الى الحاكم لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وساير الديون لا تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين لمكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنس لا تقع المقاصة والمكاتب في حق الكسب بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما يحبس في غيره

لانه

باب كتاب القاضي الى القاضي **قال** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لا يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة

اي القاضي المكتوب اليه

لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة **باب كتاب القاضي الى القاضي** اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء ايضا الا ان الحبس يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس كما روي ان عليا رض جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء **قال** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم اولا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يصلح ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رايه

[illegible]

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها انشاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة
لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله
في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة
المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف فلا يحتاج فيه الى الاشارة
ويعمل في العقار

اوخالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم
اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة
ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى
معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عداها ان شاء الله تعالى
قوله وجوازه بعد الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه
ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع
بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق
العباد فكذا جوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم
انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله
يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب
والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك
بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته
وقوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلاثة اشياء
الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج
الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب
والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج
الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد
يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الجانبين
وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي
الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة
الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح

والامانة

قوله واجيب بان الاشارة الى الخصم شرطا اقول ... ان كان شرطا ينبغي ان لا يجوز بدونه ... على خلاف القياس

قوله والا فلا ... اوان ما ... كما اختلف فيه الفقهاء

ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة
الى الاشارة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه
دونها وعنه رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون رحمهم الله قال ولا يقبل في
انه يقبل فيها بشرائط نعرف في موضعها انشاء الله تعالى وعن محمد رح انه يقبل في ...

والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا ترى ان الاشارة الى
الدين والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع
ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه
بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة
للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري
واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد
دون الامة فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فمست
الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا و
عنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيها لشرائط تعرف في موضعها
يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب القاضي وصفة ذلك
رجل بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود
المولى ببخارا فطلب من قاضي بخارا ان يكتب بشهادة شهوده عنده
يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد
الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند
بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه
ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع
من هو بيده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما
ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة
شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس
العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص لئلا يتهم المدعي
بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه

رجل بخاري

قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب [illegible]

وختمه وعلم ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا وشهدا بالكتاب وختمه وما في الكتاب امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارا لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غايب ولكن يكتب كتابا الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا يطاها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة يشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة بشهادة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في ساير

الحقوق

بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى القاضي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتذكرة قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير

الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب المص بقوله بخلاف الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى القاضي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتذكرة بل هو بالشهادة الا ترى انه لو قضى بالشهادة بلا تذكرة صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى القاضي قبل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جواز وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانهم اذا لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختمه بحضرتهم

وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب
عندهما وتسليمه اليهم كتابا اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف
اخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف
ان الختم ليس بشرط ايضا
فسهل في ذلك لما ابتلي
بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة
واختار شمس الائمة رحمه الله
قول ابي يوسف رح
قال واذا

وليسلم اليهم الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم
وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو
المدعي ويدفع اليهم كتابا اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم
فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال
ابو يوسف اخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان
هذا كتابه وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه
كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء
وانما قال اخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد واختار
شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا على الناس قال
واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام
المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب
المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك
بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا
بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه
ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع
قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب
اليه فكان له ان يقبله وانما الحكم بعد ذلك يقع بما علم من الكتاب فاعتبر
حضور الخصم عند الحكم به قال واذا سلمه الشهود اليه اذا سلم
الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه هذا
كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه القاضي
وقرأه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح

قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من
حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب
فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح

وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح
والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود
وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو
مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء
قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه
التحق بواحد من الرعايا

اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه كما قرأنه لم يشترط
شيئا من ذلك لم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم
يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه يفض الكتاب اي
يفتحه بعد العدالة كذا ذكر الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما
احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة
بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا الكتاب فلان القاضي وختمه واما
اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وفيه نظر لانه دور فان المدعي انما يحتاج
الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم يظهر فاما اذا لم يكن شرطا
فكما ادوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب
انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا
طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن
وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لما
يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم
عمل للكتاب لا به ولعل الاصح ما قال محمد رح من تجويز الفتح عند شهادة
الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر
الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب
على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج من اهلية القضاء بجنون
او اغماء او فسوق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول
بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة
بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي
لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه

ولهذا لا يقبل اخباره قاضي اخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار
نائبا له وهو معروف
بخلاف مع

بنقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل
قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة
قبل القضاء وان لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكتاب
وان كان نقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا
من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب
بهذا النقل سماع البينة وما وجب على القاضي سماع البينة قضاء
لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء
عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية
اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المص بقوله لانه التحق بواحد
من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضي اخر في غير عمله او في غير عملهما
وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان
الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك
بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة
فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا لو مات
المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رح يعمل به من كان قائما مقامه
في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا
ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون
في اداء الامانة فصاروا كالامناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد
على كل احد فكذلك هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تنصيص واحد منهم
بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رح لانه غير متوقف وان كان
مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود و
القصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله
سعي في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا
في الحدود والقصاص اعتبارا
بشهادتها وقد مر الوجه ولم يصح

ثم صير غيره نيابة بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان
قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند
ابي حنيفة وقيل الظ ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه
شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء
وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على
ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب
او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص
وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان
مبناهما على الاسقاط وفي القبول سعي في اثباتهما **فصل آخر**
قال في النهاية قد ذكر ان كتاب القاضي الى القاضي اذا كان سجلا
اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه واذا كان
في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ واذا
فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل محله وهذا الفصل
لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي
الى القاضي لكن قوله آخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل
هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب
القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال ويجوز قضاء
المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا
في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه
اي في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة

قال المص بخلاف ما اذا كتب ابتداء اقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب له واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم انتهى

قوله والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب القاضي اقول ثم هذا فصل آخر في كتاب القاضي لكن الفصل بين الفصلين يقتضي عقيب الفصل الاول ... دون ان يورد ما قاله صاحب النهاية وذلك

ولیس للقاضی ان یستخلف علی القضاء الا ان یفوض الیه ذلك لانه قلد القضاء دون التقلید به
فصار کتوکیل الوکیل بخلاف المامور باقامة الجمعة حیث یستخلف لانه علی شرف الفوت
لتوقته فکان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة له ولا کذلك القضاء ولو قضی الثانی بحضرة من الاول
او قضی الثانی فاجاز الاول
جاز کما فی الوکالة وهذا لانه ح

لان کل واحد منهما من باب الولایة فکل من کان اهلا للشهادة یکون
اهلا للقضاء وهی اهل للشهادة فی غیر الحدود والقصاص فهی اهل
للقضاء فی غیرهما وقیل اراد به ما تقدم من قبیل الخلط من قوله لان فیه
شبهة البدلیة فانه یدل علی ان ما فیه شبهة البدلیة لا یعتبر فیهما و
شهادتها کذلك کما یجیء وقضاؤها مستفاد من شهادتها ولیس للقاضی
ان یستخلف علی القضاء بعذر وبغیره الا ان یفوض الیه ذلك
لانه قلد للقضاء دون التقلید به ای بالقضاء فصار کالوکیل
لا یجوز له التوکیل الا اذا فوض الیه ذلك بخلاف المامور باقامة
الجمعة حیث یجوز له ان یستخلف لان اداء الجمعة علی شرف
الفوات لتوقتها بوقت یفوت الاداء بانقضائه فکان الامر به
من الخلیفة اذنا بالاستخلاف دلالة لکن انما یجوز اذا کان ذلك الغیر
سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الامام الاول
الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم یشهدها جاز لان المستخلف
بان لا مفتتح واعترض بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز
وهو مفتتح فی هذه الحالة لم یشهد الخطبة واجیب بانه لما صح شروعه
فی الجمعة وصار خلیفة للاول التحق بمن شهد الخطبة واری ان
الحاقه بالبانی لتقدم شروعه فی تلك الصلوة اولى فتامل قوله
ولا کذلك القضاء ای لیس القضاء کالجمعة لانه غیر موقت یفوت
بالتاخیر عند العذر فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد یعرض له عارض
یمنعه من ادائها فی الوقت فقد رضی بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو
فرضنا انه استخلف وقضی الثانی بحضرة من الاول او قضی الثانی عند

قوله وقیل اراد به ما قوله وقضاؤها مستفاد من شهادتها اقول القائل صاحب النهایة فیه تامل

قال المصنف بخلاف المامور باقامة الجمعة یقول انتهی ای مطلقا عن الاذن بالاستخلاف

صح

غیبة

وهذا لانه حضره رای الاول وهو الشرط واذا فوض الیه یملکه فیصیر الثانی نائبا عن الاصل
حتی لا یملك الاول عزله
واذا رفع الی القاضی ح

غیبة الاول فاجازه الاول جاز اذا کان من اهل القضاء کما فی الوکالة
فان الوکیل اذا لم یؤذن له بالتوکیل فوکل فتصرف بحضرة الاول
او اجازه الاول جاز وقوله لانه حضره رای الاول یصلح دلیلا للمسئلتین
الا ان فی هذه المسئلة الاولى نظر لان الخلیفة رضی بقضائه بحضرة رای القاضی وقت
نفوذه لا اعتمادا علی علمه وعمله والحکم الذی حضره القاضی او اجازه
قضاء حضره رای القاضی فیکون راضیا به واما فی الوکالة فسیجیء فی
کتاب الوکالة قیل لا اذن فی الابتداء کما لا اجازة فی الانتهاء فلم اختلفا
فی الجواز وعدمه واجیب بالمنع بان البقاء اسهل من الابتداء وان
الحکم الذی اذن له القاضی به فی الابتداء قضاء لم یحضره رای القاضی
وکان رضاء الخلیفة بتولیة القاضی مقیدا به قوله فاذا فوض الیه
یملکه ای اذا قال الخلیفة للقاضی ول من شئت کان له ان یولی غیره
فیصیر الثانی نائبا عن الاصل حتی لا یملك الاول عزله لانه صار قاضیا
من جهة الخلیفة فلا یملك الاول عزله الا ان یقول له واستبدل من شئت
فیملك الاول عزله وهذا بناء علی ان امر القاضی لا یتعدى الا غیر ما
فوض الیه فاذا قال الخلیفة ول من شئت واقتصر علی ذلك کان
امره بالتولیة والقول خلافه واذا اضاف الی ذلك واستبدل من
شئت کان امره بهما ممکنا له فاذا قال الخلیفة لرجل جعلتك قاضی
القضاة کان اذنا بالاستخلاف والقول دلالة لان قاضی القضاة
هو الذی یتصرف فی القضاة تقلیدا وعزلا کذا فی الذخیرة قیل
ما الفرق بین الوصی والقاضی فان کلا منهما مفوض الیه من جهة الغیر
والوصی یملك التفویض الی غیره توکیلا وایصاء واجیب بان الاول

قوله او ان ای الحکم الذی اذن له القاضی اقول المتعین بل علی الجواب الثانی

وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع أو يكون قولا
لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير
ذلك أمضاه
والأصل ح

وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يخرج الوصي عن الجري على موجب
الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته
من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والإيصاء
ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما وأجيب
بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد
في القضاء أكثر قال وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إذا
تقدم رجل إلى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا نفذه إلا
أن يكون مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فإنه مخالف
لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أي المشهورة
كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج
الثاني فإن اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناه
في التقرير على ما ينبغي أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه
أو يكون قولا لا دليل عليه فقيل كالحكم إذا مضى على الدين سنون فحكم
بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فإنه لا دليل شرعي يدل
على ذلك وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول
عدم تنفيذه إذا كان مخالفا للأدلة المذكورة بسبب أنه يكون
قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به
القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه وفيه فائدتان أحدهما
أنه قيد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فأنفذ
قضاءه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع إليه على قول العامة
كذا في الذخيرة والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك إشارة

والأصل أن القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول
وقد ترجح الاجتهاد الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا
لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رح فإن كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ أنه ليس
بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في
الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ
عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد ح

إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفا للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا
لرأيه أو مخالفا فإنه إذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى
ورواية القدوري ساكتة عن الفائدتين جميعا والأصل في تنفيذ
القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفا للأدلة المذكورة أن القضاء متى
لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لأن اجتهاد الثاني
كاجتهاد الأول في أن كلا منهما يحتمل الخطأ وقد ترجح اجتهاد الأول
باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به
ونوقض بأن نقول القضاء في المجتهد فيه مبني على رأي المجتهد فكيف
يصلح الفرع مرجحا لأصله ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا
لأصله من حيث بقاؤه مطلقا والثاني ممنوع فإنه يجوز أن يكون
مرجحا لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع
إذ الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيما مع شيء
آخر والأول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر رضه أنه
لما شغله اشتغال المسلمين استعمل زيد بن ثابت فقضى زيد بين
رجلين ثم لقي عمر رضه أحد الخصمين فقال إن زيدا قضى علي يا أمير
المؤمنين فقال له عمر رضه لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك
يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر رضه لو كان ههنا نص
لقضيت لك ولكن هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي
في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رح
وإن كان عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسيان
أيضا بطريق الأولى أنه ليس بخطأ بيقين لكونه مجتهدا فيه

ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف
والمعتبر الاختلاف ح

وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات ووجه عدمه
انه زعم فساد قضائه وهو مواخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رح
لا ينفذ في الوجهين لانه قضاء بما هو خطاء عنده فيعمل بزعمه قال
المصنف رح وعليه الفتوى قال ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا
لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل المجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد
فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة
المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى حاكم لا ينفذه
بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال
والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى
الثاني نفذه كما مر فان نقضه ثم رفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء
الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ
بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ
والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف
السلف في تاويله كقوله تع ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فان السلف
اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ووطيها ان
وطيها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد
بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجمع عليه
الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان
ذلك خلاف لا اختلاف فيه فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما
عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي
ان يحمل كلام المص هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لا يسوغ

اجتهاده

219
والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن
كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين و
هي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح
قال القاضي ح

اجتهاده ذلك كقول ابن عباس رض في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ
له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب
نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك
لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رض في اشتراط حجب الام
من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع
بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع و
هذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المص ولا يحمل على قول
من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند
عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فمعناه
ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان
بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم
الشافعي او المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر
الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك كان له ان ينقضه قال
وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم كلما قضى القاضي بتحريم في الظاهر
اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال
لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق
او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهو مسئلة قضاء القاضي في
العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على
امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي
بينهما بالنكاح حل للرجل وطيها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول

من رفع اليه

إلى يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر ومنها ما إذا قضى بالبيع
بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال
بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني
هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان
القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن مثل قيمة
الجارية أو بأقل بما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لأن الشهادة
شرط الإنشاء النكاح قصدا والإنشاء هنا يثبت اقتضاء فلا يشترط
الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له
والمكاتب والحر الذي لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم
إنما يثبت النكاح والبيع إذا كان القضاء بحضرة من الشهود لأنها أي
شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضي يصير
منشئا وإنما يصير منشئا فيما له ولاية الإنشاء وليس له ولاية البيع
بغبن فاحش لأنه تبرع ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ
العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها
ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلثا وأقامت شاهدي زور
وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة
حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا أو باطنا علم أن الزوج الأول لم يطلقها بأن
كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالا إن كان عالما بحقيقة الحال
لا يحل له الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطنا وإن لم يعلم بها حل له
ذلك وأما الزوج الأول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخرا وإن
كانت الفرقة لم تقع باطنا لأنه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه

كان

قال ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود
الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون
الإنكار ولم يوجد ولأنه يحتمل

وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا
وعلى قول محمد يحل للأول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني وإذا دخل بها لا
يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم **قال** ولا يقضي القاضي
على غائب القضاء على الغائب عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم
مقامه وقال الشافعي إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر
في البلد جاز وإلا لا يجوز في الأصح لأن في الاستتار تضييعا للحقوق
دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة
فإذا وجدت ظهر الحق فيجب للقاضي العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة
لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز
بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة
ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة
إلا بالإنكار ولم يوجد فإن قال قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار
إذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرا حملا لأمره
على الصلاح إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو
دفعا لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة
فكان الإنكار موجودا حكما وإن قال سلمنا أن المنازعة لا منازعة
إلا بالإنكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار
إذ الأصل في البداية الملك قلنا ممنوع فإن الظاهر حالة الإقرار لأن
المدعي صادق ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين
فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضا وإن قال لو أنكر ثم غاب
كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا إن كانت المنازعة شرطا فالملازمة

وقوله يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيثبته وجه القضاء، وفيه خلاف ابي يوسف رح
لان احكامهما مختلفة ولو انكر رح
اي احكام القضاء بالبينة والاقرار

ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب
اخر وان قال توقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق
بالبينة لانه ان حضر فاقر فقد ارتفت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب
بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع
وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى و
يدعي الاداء ويثبته او نحو قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة
ودفع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من
اجل الفوايد قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ دليل اخر على المطلوب والضمير
للشان ويجوز ان يتنازع ان وليشبه في وجه القضاء والمحل الثاني
ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضاء يحتملها من
الخصم فيثبته على الحاكم وجه القضاء، لان احكامهما مختلفة فان حكم
القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وبظهر في
الزوايد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من
البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة
فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة
مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا
من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف
الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة
بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي
فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غايبا او بحديث هند حيث
قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي

فقال خذي

ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء، وفيه خلاف ابي يوسف رح
ومن يقوم مقامه رح

فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى
عليه بالنفقة وهو غايب اجبناه عن الحديث الاول بانه يدل
على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر
لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما
النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغايب اولا وليس فيه ما
يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عليه السلام
لعلي رضي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر
فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي
وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله عليه السلام
كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا ترى انها لم تقم البينة
قوله ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان
وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء
لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء، لان البينة انما تصير حجة بالقضاء
وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول
الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته
بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات
قال ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغايب لا يجوز الا
ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغايب
اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل
هو الغايب كما اذا وكل شخصا وهو ظا او القاضي كما اذا اقام وصيا من
جهته والثاني اما ان يكون ما يدعي به على الغايب سببا لازما لما يدعي به

ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان
كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا
كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع   قال رضي الله عنه

على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا
كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة
ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى
وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت
ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة او
شيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق
فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان
فلان الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى
شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب
سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة على المال لا تنفك
عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر
ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شيء واحد في الاول او
كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وانكر لا
يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في
الكتب المبسوطة والمص لم يتعرض الا للسببية والى ان يكون المدعى
شيئا واحدا او شيئين مختلفين فلم يتعرض لحصول المقصود بالسبب اللازم
فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيد في السبب بقوله لازما
احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا
ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامراة رجل غائب ان
زوجك فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد
طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد

الوكيل

الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وانكر
الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق
ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده فان
الطلاق متى تحقق فقد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا
بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق
فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه
دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما قال فقيل
كلام المص ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق
الى الكامل عن التقييد وان كان اعني ما يدعى به على الغائب شرطا
لحقه اي لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان
امراته فانت طالق فادعت امراة الحالف عليه ان فلانا
طلق امراته واقامت على ذلك بينة قال المص لا معتبر به في
جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على طلاق
الغائب لا يصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام
فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل
الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما تتوقف
على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم
والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى
على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود واخرج المص
المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليسمع
الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن

قوله التوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين اقول فيه تامل

قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج باب التحكيم

يقوم مقام الغايب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه اختاره قال ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكر الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم يكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة مقبوضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل وكل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة ليس له ذلك باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان التحكيم ادنى رتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم

رجلان

باب التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة

رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيه قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكمه المسلمون وان حكمه اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا ينفسخ

والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما

واذا رفع

واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز في الحدود والقصاص لانه لا
ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة
اي المحكمين
ثم قالوا وتخصيص

الا فراج الا بانفا قهما ايضا فان قيل افراج احدهما سعي في نقض ما تم من
جهته قلنا يا تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض ح فانه لا رجوع لواحد
منهما للزوم الحكم بصدوره بمنزلة ولانه عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله
السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهبه امضاه
لانه ان نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك
الوجه وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه
ولو لم يمض يتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله
لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم
فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه
حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض اخر ان يرده قال ولا يجوز التحكيم
في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى
باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد
القذف والقصاص فقد اختلف قال شمس الائمة من اصحابنا من قال
التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة ان صح الاصل
ان التحكيم في حد القذف والقصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من
حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم
لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المص واستدل بقوله لانه
لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص
ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق
غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى
بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المص قوله وقالوا اي

قال المص واذا رفع الى القاضي حكمه فوافق مذهبه امضاه اه اقول فعلى هذا
حكم المحكم بلزوم الوقف على مذهبهما مذكور
بعضه الى الحاكم الحنفي به لهذا الدليل بعينه
اذ القضاء على قولهما والمأخوذ على القضاة
الحكم بالاصح
سعدي چلبي

قال المتاقرون

قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح الا انه لا يفتى به
ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم لعدم التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي
اي المحكم حكم اي على العاقلة

اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدوري الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية
والطلاق المضاف وهو الظاهر من اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ
امتنعوا من الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسئلة حكم المحكم
تعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام
الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كيلا
يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكماه في دم
خطاء لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال
القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم
من جهتهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي
ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ومخالف للنص حديث
حمل ابن مالك فهو موافقه كما سيأتي في كتاب المعاقل انشاء الله تع
قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاءه
بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما
ارش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال
الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت
ذلك بالاقرار والنكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف
حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث يتحملها العاقلة
بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطاء
لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني فالف حكم الشرع
وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة

وقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ويخالف للنص الا اذا ثبت
القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله
ويجوز ان يسمع

اقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال
الجاني ايضا فلا وجه للتقييد بالاقرار
والنكول
سعدي
قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول

وهو قوله وان كانت خمسمائة

وبجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حكمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكم رجلين لابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي

مسائل شتى ح

يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذلك بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر الحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم مثل ان يقول الحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اي حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي الاثنين ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل باشراه

مسائل منثورة

مسائل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في اخر

مسائل شتى من كتاب القضاء

م واذا كان سفل لرجل وعلو لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ... قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع

والاصل عنده ح

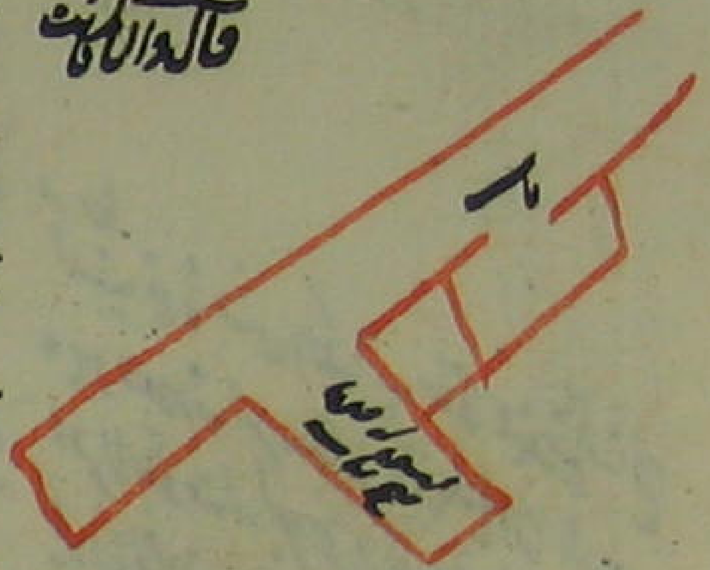
كتاب ادب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب وتترجم بمسائل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخر ما الى اخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجوع وانه لجدير بالتأخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن من قبل ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا جاز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة رح يعني ان ابا حنيفة انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يضر به الآخر متفقا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا لعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما يظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق يقيني واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر والاطلاق بعارض وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل فاذا اشكل

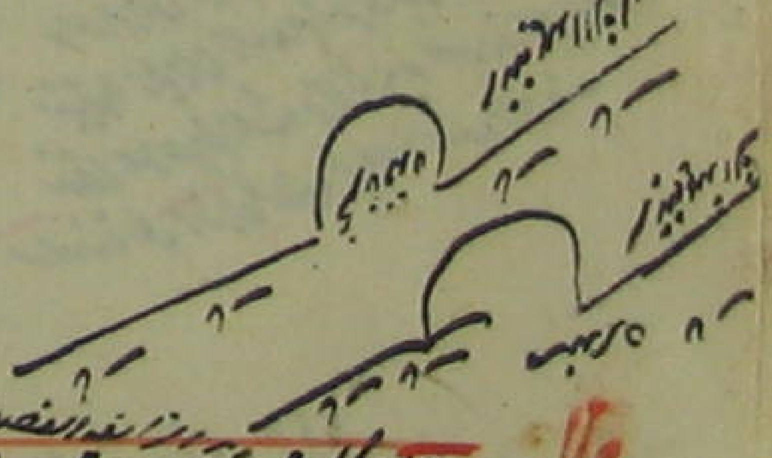
والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه

قال واذا كانت ح

قال وإذا كانت زايغة مستطيلة تتشعب منها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت

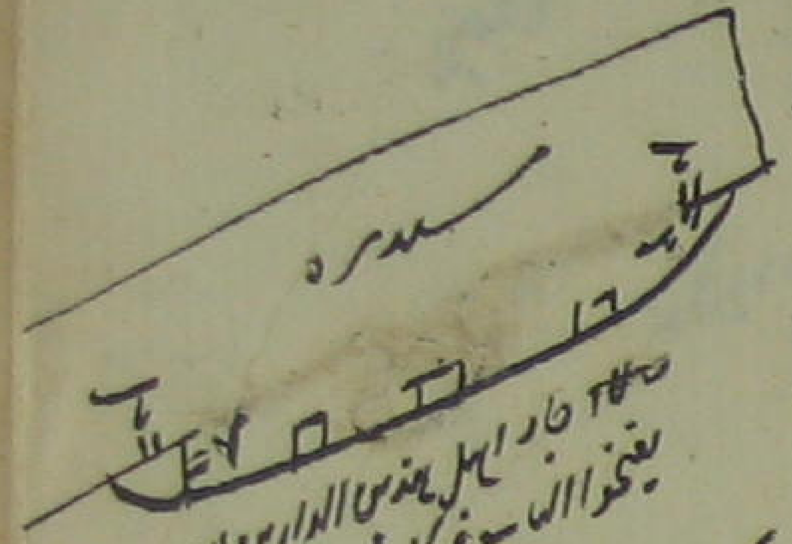
لا يزول المنع لما ذكرنا فوله على انه لا يؤمن من نوع ضرر بالعلوم نوع هدم بناء او نقضه فيمنع عنه استظهارا على المنع لافادة ما عقبه ذلك قال وإذا كانت زايغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة يتشعب من يمينها او يسارها مثلها على هذه الصورة ليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم للمرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فلهذا الا ترى انه لو بيعت دارا في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك في تقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف فيه ما يدل على ان الزايغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزايغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله ياتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزايغة القصوى مستديرة





قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا الابواب لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة فلهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى

قال ومن ادعى في دار دعوى فانكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى



قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها كهذه الصورة قال و

من ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده دار بيد رجل ادعى عليه آخر ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسئلة الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعويه اجاب بان المدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما تفضي اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعي اما ان تكون مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية نقلا عن الفوايد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعي لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعي فلا يكون رده مفيدا قال ومن ادعى دارا في يد رجل ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا شهر من مثلا وسلمها اليه وانه ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعويه ذو اليد فسئل البينة

قوله نعم
فان قلت ما ذكرتم غير صحيح تمام معدما ته للمخالف في قوله اكرمك زيد وان ... اجاب بقوله نعم الخ ه

قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لم تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى

فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة منافية للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها الا يثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لا تصح لكونه قائلا بالهبة بهذه الدار وكانت له ملكا بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها ووقع في بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل منه ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد متناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملكه الواهب عندها فطلب يمنافض حتى ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة

قوله الا يثبت موجب الاقرار فصار مدعيا على وفق ما عليه

فقد صار مناقضا

اي عند الهبة

ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع منه فقد صار متناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه بعدها ومن قال لآخر

ايضا

قال المص بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة اقول المراد بعد الادعاء الثابت بموجب الشهادة تامل سعدي

ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكره ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه

ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه

قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها تراضيهما واشترى ما لا يملكه كان صحيحاً

مني هذه الجارية على رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر ان اجمع على ترك الخصومة اى عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اى حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخاً من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخاً لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين فقيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز للمرأة بجحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كمن له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده فيترك المصنف الجواب فقال مجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيتها وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ بوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البائع متى ابى عنها من المشتري بقيت على ملكه مالم يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه وما تعذر

(حاشية:) كالاكدام

(حاشية:) اى استقل البائع

(حاشية:) اى بالجحد

(حاشية:) اى العزم على الفسخ

(حاشية:) ورد بان ذلك لا يحل الا بعد الفسخ حيث يفهم منه ان يتقدم الفسخ على الفعل والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي سعدي

(حاشية:) وما يضاهيه

(حاشية:) او يتقايلا

متعلق بصحيفة ٢١ في بحث الجملة التي تقع حالا

قوله اذا كان منفيا • لعله ارمعني في لا يكون جاريا على نهج الحال في الاستعمال اما في حال كونه منفيا فقط واما في حال كونه مثبتا فلانه لما كان لا بد فيه من المعرفة ليدل على المقارنة ركان قد حرفا وفي المعرب عن لفظ الاحمال فكانه [illegible] في هذا الاعتبار ولم يوجد استعماله في الكلام مثبتا بدون حرف النفي فاحفظ

قوله قد ظاهرة او مقدرة • لان قد موضوعة [illegible] الى الحال وان كانت كذلك فقد كانت نافية بالنسبة الى الزمان الماضي لمشابهت حرف النفي اذا كان في النفي فلذلك

قوله لشيوع الامران • اى الواو وتركه اما ترك الواو فلوروده على اصل الحال لكونها حلية واما الواو فلوروده لا نهج الحال اذا كان الماضي منفيا لاما واذا كان مثبتا فلان اقترانه قد مع الفعل ظاهرا او مقدرا واجب من حيث انه ماض لا يصلح ان يقع حالا اما اذا كان مع قد ظاهرا او مقدرا انه يقرب الماضي من الحال في نظر الفعل حالا الحالية كما عرفت في غير هذا [illegible]

(حاشية:) قوله فى المتن الخلص ... والفعلية ... وارادة ... لتعلق ... الاسمية من جهة ... الا معنى في ... من جهة المعنى ... الى انه ... الاسمية ... كما لو الفعلية ... فاحفظ

ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى مكان قبض
وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة
ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه
كما في ع

فات رضاء البايع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل البايع
بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما قرر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ
كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل الجحود فسخا من جانب المشتري
والعزم على ترك الخصومة من جانب البايع وفي الثاني يترتب على الفسخ
من جانب البايع باستبداده قال ومن اقر انه قبض من فلان
عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او
ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان
موصولا او مفصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره
وفي بعض نسخ جامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى
واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا
انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال فيه كالصرف
والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما
لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق
وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض
حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المص بقوله والقبض
لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة وقوله حملا لحاله على ما له حق
قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من
القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به
لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا
بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف
لكونها من جنس الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو

حقه

بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا
او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس
الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز
والزيوف ما زيفه بيت المال ع

حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة
لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه
في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان
في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا
في المبيع على البايع وانكره فان القول قول البايع لا المشتري لما اقر بقبض
حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق
الرد على البايع وهو منكر فالقول قوله فكان من قبيل الثاني اعني
المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية
جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم
فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف
فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا
ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت ما لي عليه
او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى
الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح كما لو قال لفلان علي الف
درهم الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن
بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف
فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان
علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا
كذا هنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعى ما بعد الاقرار
بقبض العشرة انه ستوقة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به
في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية

والزيوف ما زيفه بيت المال والبنهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش
ومن قال لآخر لك علي

ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار
ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم إن كان مفصولا
لم يسمع وإن كان موصولا يسمع والستوقة أقرب إلى الدراهم من الرصاص
فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة أولى ولكن من الاعتراض واقعا
لذهول عن التدقيق في كلام المص فإن كلامه فيما إذا قال مفصولا بدلالة
قوله ثم ادعى فإنه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والبنهرجة أنه إذا ادعاه
لا يقبل مفصولا وأما أنه هل يقبل موصولا أو لا لم يصرح بذكره اعتمادا
على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر
أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما إذا أقر بالدراهم الجياد وادعى
أنها زيوف فإنه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن
ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول إنما هو باعتبار عارض وهو لزوم
استثناء الكل من الكل كما مر آنفا من حيث إنه بيان تغيير إن صح ذلك عن
الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختار المص فإنه ما عزاه إلى شيء
من الشيخ وتمثيله باستثناء الدينار فلا ينتهض لأن الجودة وصف
لا يصح استثناؤه فكأنه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال
أي رده والبنهرجة بما يرده التجار ولعله أردى من الزيوف والستوقة
ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب سه توه يعني أردى من البنهرجة
حتى خرج من جنس الدراهم قال ومن قال لآخر لك علي ألف
درهم اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله
فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر بإثباته أو لا والأول يرتد برد المقر له
مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل بإثباته والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه

ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم
فليس له عليه شيء لأن الإقرار هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة
بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر الآخر ثم صدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له ينفرد برد الإقرار فافترق قال ومن ادعى

فعلى هذا إذا قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في
مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس له عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال
وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي
عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى فلا بد لها من حجة أي بينة أو تصديق
الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا وإذا قال اشتريت مني
هذا العبد فأنكر ثم صدقه بعد ذلك لأن الإقرار وإن كان بما يحتمل
الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ كما
لا ينفرد بالعقد يعني المقر لا ينفرد بالرد كما أن المقر لا ينفرد بإثباته والمعنى أنه
حقهما فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الأول فإن أحدهما ينفرد بالإثبات
فينفرد بالرد قلت إن عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده
التصديق بعد الإنكار فإن الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل
وطيها كما تقدم ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب
عن ذلك فإن العزم والنقل كان دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي
ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما تعذر
استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه والتوفيق
بين كلاميه صعب وذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد و
هيهنا لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ
وإن كان الثاني كما إذا أقر بنسب عبده من إنسان فكذبه المقر له ثم
ادعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رح لأن الإقرار
بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك
قال ومن ادعى على آخر مالا إذا ادعى على آخر مالا من الأفعال فكان لك علي شيء فقط

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الإبراء، وقال زفر رح لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر

قال المص ولنا أن التوفيق ممكن ... في الإقرار في تعليل كون قوله قضيته إقرارا

ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعي البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه أو على الإبراء قبلت بينته وقال زفر رح وهو قول ابن أبي ليلى إنها لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك علي شيء والمسألة بحالها لأن التوفيق أظهر لأن ليس لنفي الحال فإذا أقام المدعي البينة على المدعى عليه والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا قالوا ودلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمد فقال لم يثبت عليه فأقام المدعى عليه بينة على الإبراء أو العفو أو الصلح عنه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت فأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت إليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء و قضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري أيضا أنه أيضا تقبل لأن المحتجب المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق

ولو قال ح

ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء، وكذا على الإبراء، لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء، وقضاء، واقتضاء، ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

ومن ادعى على آخر ح

ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية بهذه فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر

قال ذكر حق ح

ممكن قالوا وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بلا معرفة قال ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية بهذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكره في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف أثبته عن أبي يوسف وأشار إليه المص بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فإنه لو أنكره أصلا ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز هاهنا أن يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته أن يبرئني عن العيب فأبرأني ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقتضي وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان متناقضا بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في أسفله إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله أو كتب في كتاب الشراء فما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله بطل الذكر كله عند أبي حنيفة وقالا الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لأنه استثناء والاستثناء ينصرف إلى ما

قال ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إن شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بهذا الذكر الحق

وقولهما استحسان ح

وقولهما استحسان ذكره في كتاب الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد ولهما ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله فلو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

الا ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وحرفه الجميع مبطل لما فرض للاستيثاق لم يكن له بهذا اخلوق باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا او اذا لم يكتب في اخر ما نشاء الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع بهذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض يصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة فقيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة تاكيده ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المتوكل بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يجوز بلا ضرورة وكونه توكيلا لمجهول لا يبين بضائر لانه في الاسقاط فان المقر الذي يعني لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو الاحتراز عن قول ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لانه مذهب ابي حنيفة لان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه والله اعلم

فصل في القضاء بالمواريث قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع **قال** واذا ماتت النصرانية فجاءت

امرأته

قال البصري ولهما ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله [illegible]

فصل في القضاء بالمواريث واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم الخ

امرأته مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت اخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيات المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة ثم قالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعا كان القول للمستاجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث وهو الصحيح وهو اعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر رحمه الله لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك يصاظ والظاهر يستفي بالحال او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سنظهر ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهي

على بنوته

فقالت اسلمت بعد موته

[illegible]

[illegible]

[illegible]

ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة بعده فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا

قال ومن مات ع

لا تصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنى اخر وهو ان في كل مسئلة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فبالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه يلزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله ويشهد لهم دليل اخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر قول زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره في الاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا

لا موجبا

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه

وهو قال ع

قال لا موجبا واعتبر هذا او استفيض عما في النهاية من التطويل ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي القاضي عليه بدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع لكونه اقرارا على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متاخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع فيكون

المودع

في الوديعة حتى هلكت هل تضمن او لا قيل تضمن وقيل لا تضمن وكان ينبغي ان تضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع و في المنع عنه تضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له ان يسترد ما قيل لا يملك ذلك لانه بصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار للاول لرجل اخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان

ولو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا

ولانه حين ع

ولانه صار اقرّ للاول لا مكذّب له فصحّ وصار اقرّ للثاني له مكذّب فلم يصحّ **قال** واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره

الاول انما هو وفا ولانه صار اقرّ للاول لم يكذبه احد فصح اقراره وصار اقرّ للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادّى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقرّ بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما اقرّ لغيره من اقرّ له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذّبا شرعا فلا يلزمه الاقرار

قال واذا قسم الميراث بين الغرماء اذا حضر رجل وادّعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقرّ به ذو اليد او لا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم لما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوّم وهذا بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوّم زمانا على قدر ما يرى وقدّره الطحاوي بمدة التلوّم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رح واقلّهما وهو الربع والثمن

لهما ان القاضي ناظر للغيّب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفّل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة

عند ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة رح لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وقالا يؤخذ ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط و الاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقرّ بها المودَع وبقيام النكاح فانه يدفع لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر بيقين او ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتر آخر قبله او غريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر بحق موهوم الى زمان التكفيل قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا اقرّ به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقرّ به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت المقرّ له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا

بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح
انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لانه حق غير ثابت
ولهذا له ان يمنع وقوله ظلم اى ميل عن سواء السبيل

لا محالة واقل ذلك ثبت المال وهذا معلوم فكان التكفيل له ونقل
التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال ان يقال الحاكم باخذ الكفيل
لنفسه لانه ليس بخصم وللميت لان الكفالة للتوثيق والمطالبة كما مر و
هي من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة
بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق
موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم
بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي
الشريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث
له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة
لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستانس به على نفي الشريك والتلوم
من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمه طلب شيء
زايد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب
عما استشهد به من المسايل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها
لحق ثابت وهو ما ياخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له
وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الابق واللقطة ففي كل
واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في
رواية احب ان ياخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان
الرواية الاولى قول ابي حنيفة رح فلا يصح القياس وقال العتابي ان
دفع العبد باقرار المدعي وصاحب اللقطة باخبار المدعي عن علامة
فيه يكفل بالاجماع قال المص لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع
قوله وقوله اى قول ابي حنيفة ظلم اى ميل عن سواء السبيل كما ذكره

ثم هو

وبهذا يكشف عن مذهبه رح ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض **قال** واذا كانت
الدار في يد رجل اقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضى له
بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا ان كان الذي في يده جاحدا
اخذ منه وجعل في يد امين وان
لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد
خاين فلا يترك المال في يده بخلاف
المقر لانه امين ولـه ان القضاء

ثم هو كما ذكره بقوله وبهذا اى اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف
عن مذهب ابي حنيفة رح ان المجتهد يخطئ ويصيب ويجوز ان اصحابنا
المتقدمين يرى عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب و
ادعاهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة رح واصحابه وقد قررنا ذلك في التقرير
بعون الله وتوفيقه **قال** واذا كانت الدار في يد رجل اقام اخر
البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضى
له بالنصف وترك النصف الاخر في يد ذي اليد ولا يوخذ من ذي اليد
كفيل وهذا اى ترك النصف في يد من في يده عند ابي حنيفة واما عدم
الاستيثاق بالكفيل فيهما فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان
جاحدا اخذ منه النصف الاخر وجعل في يد امين والا يترك في يده
لان الجاحد خاين والخاين لا يترك مال الغير في يده والمقر امين فيجوز
ان يترك المال في يده ولابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا يقضى
منه ديونه وينفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى
بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا ينقض يده بيد من
هو غير مختار له واما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده
باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يعتبد لما فاكتفى به كما اذا كان
من بيده مقرا فانه يترك الماخ بيده لذلك قوله وجحوده جواب عما
ذكراه ووجهه ان الخيانة بالجحود اما ان تكون باعتبار ما مضى او ما سياتي
والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فلا يزال به والثاني ظاهر العدم لان الحادثة
لما صارت معلومة للقاضي ولمن في يده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر
لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفايدة فانه لا يخاف موت القاضي والشهود

وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا
وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له
وللقاضي ولو كانت الدعوى في

ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا الحكم في وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لم يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغايب ح

ونسيانها للحادثة واحراق الخريطة امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الاخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى النزع الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه اما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل واما النزع فيه ابلغ فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف بخيانته او زعم انه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه ومن المشايخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ واذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف بخيانته او زعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطايفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت يقتضي بثبوت الخلاف في العقار فسقط النوع قوله وانما لا يوخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده البايع فلا يسمح نفسه باعطايه والقاضي يطالبه فيه فتثبت الخصومة

والقاضي

وان حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين على الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل يجب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطع بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشيء كان منشئا له هذا خلف بط واذا حضر الغايب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة رح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المص قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما استحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده لما سيجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا لغيره ولقايل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السايل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله

ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء
والقياس انه يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبرة بايجاب الله تع فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال
اما الوصية اخت حه

فصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه
كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه ونحو ان
ما مر وقوله الا انه استثناء من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما
الا قوله وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت
يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع
الصغير والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين صدقة
رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع
ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم
واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة
والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين
يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره
عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة
ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار
والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى
بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل
شيء كما قال به زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تع اذ ليس للعبد ولاية الايجاب
مستبدا به لئلا ينتزع الشركة وايجاب الشرع في المال من
الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد والا يرد
الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه

لبث

اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظ التزام الصدقة
من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الى ما لوز
الارض العشرية عند ابي حنيفة لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده قولا
يدخل فيه ارض الخراج بالاجماع لانه
تمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة
في المساكين فقد قيل يتناول
كل مال لانه اعم من لفظ المال
والمقيد ايجاب حه

لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات
او لانه في معنى الصلوة لانه انتظار اوقات الصلوة ولهذا
اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة واما الوصية
فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انها يثبت بها
الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع
فكذا الوصية قوله ولان الظ دليل اخر يعني ان الظ من حال الناذر
التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الحيوة مظنة
الحاجة الى ما تقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة اما
الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل و
الارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف رح لانها سبب
الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض
العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة
ولا تدخل عند محمد رح وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد رح
لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب مؤنة اذ جهة
المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية
فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء
ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال
زكوتيا او غيره وهو رواية ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح ذكرها في
الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال
ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس
بمال واذا كان اعم ينصرف الى غير اموال الزكوة ايضا اظهارا للزيادة

والمعتبد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما
سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر
لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضيعة
لسنة على حسب تفاوت وصولهم
الى مالهم وعلى هذا صاحب
التجارة يمسك بقدر ما
يرجع اليه ماله قال ومن اوصى ح

عمومه قال وقيل الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة
فيا دونا التعميم وجه تمام الاعتبار الواجب الرعاية أجاب بان المقيد
ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا مخصص بلفظ الملك فبقي
على العموم وفيه نظر لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح
انهما اي لفظ مالي وما املك سواء فيما يكون فيه مختصا بالاموال
الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي لان الملتزم باللفظين
الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه
الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح
لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال
ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد
قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك
لاحتاج الى ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل
الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يقدر محمد رحمه الله
في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال
وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق
يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت
التي يؤجرها الاثان للشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا
وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة
وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما
نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الوفق

قوله وفيه نظر لانه لا يكون اي ايجاب العبد ...

بيعها

قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع
الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر
بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة
فلا تتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فتتوقف على العلم
وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي

اي الخلافة

بيعها وبيع الوصية التي هي اخت الميراث قال ومن اوصى اليه
ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا
انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو
وصي وبيعه جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم واذا وكل ولم يعلم
بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في فصل
الاول ايضا لانه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة
جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز
تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على
ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان
بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف
الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها
انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها
لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف
فات لعجز الموصي قال وقيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم
يعلم بهذا القول فلان وباع عبده ما صح من غير توقف على علم أجيب
بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه مثبت ضمنا
والكلام في الوكالة التي تثبت قصدا وهذا لانه اذا قال بيعوا عبدي
ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم
بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة
التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما
عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق

ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ولا يكون النهي عن الوكالة
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه
من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد
شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل

لا الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك
فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد
عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء
لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق
كالوكالة واذن العبد في التجارة ولابي حنيفة رح انه خبر ملزم اما
انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه
ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من
وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس
في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد
شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول
فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه
شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء
من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما
لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله اليه وكيله قوله
وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في
اشتراط احد شطريها فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية
انها ست مسائل ثلث منها ذكرها محمد رح في المبسوط واثنان ذكرهما
في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمص ترك منها
مسئلة نفسها اما الاولى فهي التي ذكرنا في عزل الوكيل والثانية
على ترتيب المبسوط العبد الماذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه
وهو عدل او اثنان يثبت الحجر صدق العبد او كذبه وان كان فاسقا

ولكذبه

وعلى هذا الخلاف اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قال واذا باع
القاضي او امينه عبد الغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم
مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد
كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان لم يكن

وكذبه يثبت عنده بها خلافا لهما وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول
حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المص ههنا والثالثة العبد
الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف
فيه بعده بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق
وصدقه فكذلك والا ففي الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما و
اولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من
الفرايض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه ففيه
الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلعم فالزمه
ابو حنيفة رح وثانيتها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت
سقطت وان اخبره فاسق وكذبه ففيه الاختلاف والسادسة اذا بلغ
البكر تزويج المولى فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا
بلا خلاف وان اخبرها فاسق ففيه الاختلاف قال واذا باع
القاضي او امينه عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل
اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن
العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي و
القاضي قائم مقام الامام والامام لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه
الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع
لهم ولهذا يباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا
تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه
وهيهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء
وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض

وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم فان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر

فضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظ وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حياته وفي ذلك يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على الغير والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول اولا واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم يكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المولى متمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن من الانشاء عما اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه

فصل آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رح هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة

ولان طاعة اولي الامر

ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور الماتريدي رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة

قال واذا عزل

متمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يجبر الا غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا انتفى الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطاء لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسيره القضاء بان فسره على وجه اقتضاء الشرع مثل ان يقول استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل والخيانة في الفسق قال واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ من بيان ما يجب به القاضي من قضاياه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق وهذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض

ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظ شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان

قضيت به عليك وقال لا بل قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظ شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظ لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ فكذا هنا وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما ثبت ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي هنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه

ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه

ولو اقر القاطع

٢٤٠

ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم بالصواب

كتاب الشهادات

ظاهر لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان حجة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظ لا يعارض القطعي وبهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدق الماخوذ منه المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الآخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى الشهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه فهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ

كتاب الشهادات قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تع ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تع ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كساير الحقوق والشهادة في

الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة فقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بالحس بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه و الاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق وورد النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال

الشهادة فرض يلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود ويجب لا يسعهم كتمانها اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تاكده وشرط بمطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما تقدم واستدل بقوله تع ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وسمّوا شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تع ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاظهار ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء

لا يكون امرا

والشهادة في الحدود يتخير الشاهد فيها بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك كان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما سواها يجب

لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده وليس بصحيح في المذهب لما عرف في اصول الفقه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فتتوقف على طلبه كساير الحقوق وتوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمه والجواب انه ألحق بالطلب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد تقرر ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المص بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة ح فان قلت اما يجعله شرطا وقوله تع ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تع اقم الصلوة لدلوك الشمس

قال والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله عليه السلام للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه رض

وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضه دلالة ظاهرة على افضلية الستر
الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق
محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل
احياء حقه

قال فيها دلالة ظاهرة على افضلية الستر قيل الاخبار معارضة
لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد
واجيب بان الاية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال القدر المشترك
فيما نقل عن النبي عم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فيجوز
الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز وحكايته مشهورة
يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة
الخبر الواحد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف
فوات حق المحتاج الى الاموال والله تع غني عن العالمين وليس ثمه
خوف فوات الحق فبقي صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل
ذلك قوله الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع
لان الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب
ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق
محافظة على الستر ولانه بين امرين مختلفين لا يجتمعان القطع والضمان
واحدهما حق الله والاخر حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه
تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله تع
الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون
السرقة قال الشهادة على مراتب الشهادة ركنها الشرع
على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال
لقوله تع واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم ولقوله تع ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظة اربعة نص في

قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تع
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تع ثم لم يأتوا
باربعة شهداء ولا تقبل

ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل
فيها شهادة رجلين لقوله تع
واستشهدوا شاهدين من
رجالكم ولا تقبل فيها شهادة
النساء لما ذكرنا قال ما سوى تع

العدد والذكورة واما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها
واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد ونحوه فلاظهار ان الله تع
يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا يقبل شهادة
النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول عليه السلام
والخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضه من بعده ان لا شهادة للنساء في
الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما قوله عليه السلام
اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود وقال الله تع
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تع فمن لم يجد فصيام
ثلثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع
العمل بالبدل مع امكان الاصل كالاية الثانية وليس شهادتهن كذلك
فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة
البدلية لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة
رجلين لقوله تع واستشهدوا شاهدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول
المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة
والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله
ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال ان الاية هذه
عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن
فيها مقبولة ووجهه ان الواو في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن
اوجب فقدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية

قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة

ولهذا لا تقبل ح شهادة النساء

في شهادة نهج قال قلت فما مسلك الحديث من الاية بههنا التخصيص ام نسخ قلت مسلكه انه شهادة قال زنا من بهذه وهو اما التخصيص ان ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلعم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به قال وما سوى ذلك من الحقوق

وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني العتاق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين بلا خلاف وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها استثناه من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها وانحطاط خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم او الضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار

ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي

والكثر وجودا ما

والتقابل

...ذا العقل ح

قال المص اهلية الشهادة اي اهلية قبولها فان المضاف مقدر ح

ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات

وعدم قبول ح

والتقابل ان يقول ما ذكرتم مما يبتني عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا اجتماعا ولا انفرادا والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست علة لها وانما هي علة لاهلية قبولها فاما لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته فاذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المص مضاف اي اهلية قبول الشهادة قوله ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظ لثبوتهما مع الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل

قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست علة لذلك اقول والا لكان العبد والصبي العاقل والكافر اهلا للشهادة

لا عكس

قوله لعدم توقفها عليها اقول لتقدم اهلية الشهادة على الاداء

قوله فاما لو فرضنا وجود اهلية الشهادة اقول اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية الا ان يرتكب التاويل في الكلام بان يراد بالعلية المدخلية فيها

لنقصان العقل

وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة
والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة لقوله عليه السلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى ح

ولا يمنع قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان
في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية
اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو
حاصل لجميع افراد الانسان في مبداء فطرتهم والثانية ان يحصل
البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيا لاكتساب النظريات
بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان يحصل
النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى
العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة
ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل
بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال
الحواس في الجزئيات وبالتنبيه الالهية فانه لو كان في ذلك
نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس
كذلك وقوله عليه السلام هن ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل
ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب
عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله
ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك
ايضا لكنه ترك ذلك كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة
والبكارة اختص قبول شهادة امراة واحدة بالولادة والبكارة
والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها
فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية
واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله عليه السلام شهادة

والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رض في اشتراط
الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فلذا يسقط اعتبار
العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه
في الطلاق واما حكم ح

النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال
ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمه معهود ينصرف الى الجنس
فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي
في اشتراط الاربع بناء على ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد
في الشهادة قوله ولانه دليل معقول لنا ووجهه ان الذكورة
سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس اخف وفي اسقاط
العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما
فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة
لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر
الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة والجواب ان خفة
النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام
يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا
ثم حكمها اي حكم شهادة امراة واحدة في الولادة شرحناه في
الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج
الرجل امراة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة
يثبت الولادة بشهادة امراة واحدة وان قال لامراته اذا ولدت
فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة
وقالا تطلق وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة يعني يثبت الولادة بقول امراته وعندهما يشترط
شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة او
مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة

وَاَمّا حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل في العنين حولا ويفرق بعده لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع وَاَمّا شهادتهن

بينهما فاذا نظرت اليها وشهدت فاما ان يتايد شهادتهن بمؤيد اولا فان كانت الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لابد ان ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدت بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لان شهادتهن تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البايع لذلك وبمقتضى البيع وهو اللزوم فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم يتايد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمها بحكم البيع وهو بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجيب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لابد من اثبات قيامه به في الحال فيثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبايع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب يثبت العيب في الحال ويحمل بالحديث ثم يحلف البايع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كان في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيها مقبولة كشهادتها على هلال

وَاَمّا شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولابد

قال ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة حتى لو قال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تع ممن ترضون من الشهداء ولقوله تع واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة وَاَمّا لفظة

رمضان وعندهما في حق الارث مقبولة ايضا لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء قال ولابد في ذلك كله من العدالة لابد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تع ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تع واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علة الحجية وما سواها معدات لان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه الصاو عن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروة اي انسانية والمروة تشديد الواو فيها لغتان يقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروة كان او لا اصح لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال النبي عليه السلام اذا لقيت الفاسق

قال المص لقوله تع واشهدوا الخ اقول قال قيل نص المخصوص وردت مطلقة كما سبق ولو اذا دل النص المطلق و المعتبد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة فلنا المطلق ينصرف الى الكامل

قال المص ويمتنع عن الكذب لمروته يجي المسئلة في باب من لا يقبل شهادته وفي التفصيل فتامل

وامّا لفظة الشهادة فلانّ النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولانّ فيها
زيادة توكيد فانّ قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة
اشدّ وقوله في ذلك كلّه اشارة الى جميع ما تقدّم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة
النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانّها شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختصّ بمجلس القضاء
ويشترط فيه الحرية والاسلام

قال ابو حنيفة

فالقبه بوصف كفر والمعلن بالفسق بالفسق لا مروّة له لكن القاضي
لو قضى بشهادة الفاسق صحّ عندنا وامّا لفظة الشهادة فلانّ
النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى
واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين
وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والّا فدع ولانّ
في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على الحلف بهذه ولانّ قوله
اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة
اشدّ وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانّه للتعظيم
فيجوز تبديله بما هو ادلّ به وقوله في ذلك يريد به ما وقع في المختصر
من قوله ولا بدّ في ذلك اي في جميع ما تقدّم حتى يشترط العدالة و
لفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح
لانّه شهادة لما تقدّم انّ فيه معنى الالزام حتى اختصّ بمجلس القضاء
واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول
العراقيين فانّهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اقام المدّعي
الشهود فلا يخلو امّا ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال
ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن
الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم
على بعض الّا محدودا في قذف ويروى مثل ذلك عن عمر رض ولانّ
الظاهر هو الانزجار عمّا هو محرّم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل
الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدّعي استحقاق
المدّعى به باقامة البيّنة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول

قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم
لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الّا محدودا في قذف ومثل ذلك عن
عمر رض ولانّ الظاهر هو الانزجار عمّا هو محرّم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الّا في الحدود
والقصاص فانّه يسأل عن الشهود لانّه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولانّ الشبهة

فاز المص اذ الامر فيها بهذه اللفظة فيه كلام لانّه ليس معنى امر اشهد بل لفظ اشهد بل معناه اخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرّد ما ذكر وجوابه انّ الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو المفهوم المتعارف لا مطلق الاخبار فتامّل سعدي

قوله ولانّ في لفظة الشهادة اقول الاولى ان يجعل هذا وجها لدلالة النصوص على الاشتراط اذ لا يظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا مستقلا على المدّعى كما فعله ش

قوله بخلاف لفظ التكبير اقول جواب عمّا يقال ما الفرق بين الفاظ المختلفة في الشهادة وبين غيرها حتى روعي في الاول في اللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبر ش

لا القطع

ولانّ الشبهة فيها دارئة فانّ طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانّه تقابل الظاهران فيسأل طلبا
للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بدّ ان يسأل عنهم في السرّ والعلانية في سائر الحقوق
لانّ القضاء مبناه على الحجّة وهي شهادة العدول فيتوقّف عن العدالة وفيه صون
قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على
قولهما في هذا الزمان عن العدكيه

الى القطع وبيانه انّه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول
المزكّي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لانّ الظاهر ان قول المزكّي صدق فالكلام
فيه كالاول ويتسلسل او يدور ويتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر انّما
اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك انّ دعوى المدّعي وانكار الخصم
تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمّة كذلك وبظاهر العدالة اندفع
معارضة الذمّة فكان دافعا وقوله الّا في الحدود والقصاص
استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم الّا في الحدود والقصاص
فانّه يسأل عن الشهود لانّه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء
فيها ولانّ الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها حتى يطّلع على ما يسقطه
ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لانّ الظاهر حال المسلم في
الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فانّ الظاهر انّ المسلم لا يكذب
بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي الى الترجيح
وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بدّ ان يسأل عنهم في السرّ والعلانية
جميعا في جميع الحقوق لانّ مبنى القضاء على الحجّة وهي شهادة
العدول فلا بدّ من التوقّف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء
عن البطلان على ظهور الشهود عبيدا او كفّارا وقيل هذا الاختلاف
اختلاف عصر وزمان لانّ ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب
منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغيّر الناس وكثر الفساد
ولو شاهد ذلك ابو حنيفة رح لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى
على قولهما في هذا الزمان قال ثم التزكية في السرّ اعلم
انّ التزكية على نوعين تزكية في السرّ وتزكية في العلانية

قوله فبيانه اي قول الّا ظهر الى بيين عدم امكان الوصول الى القطع ولو زكّى بان المزكّي يخبر عن العدالة بظاهر حاله لانّ اقصى ما يستدلّ به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها ليست بقطعية اذ لا بدّ احتمال فساد الاعتقاد مثلا فتامّل ش

قوله ولانّ الشبهة فيها اقول فيه بحث فانّ وجه السؤال ذلك انّ الشبهة دارئة فيها ليس الّا لانّه يحتال لاسقاطها فما وجه عدّه تعليلا مستقلا فلو اسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمّة التعليل الاول لكان اولى سعدي

ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها الاسم والنسب والحلي والمصلى و
يردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لابد ان يجمع
بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر
الاول ووقع الاكتفاء بالسر
في زماننا تحرزا عن الفتنة
ويروى عن

فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها
القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها
تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلي بكسر
الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون
وغيره والمصلى اي مسجد محلته ممن يعرف المعدل وينبغي ان
يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة
بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيرهم ولا يكون طماعا
ولا فقيرا يخدعهم خداع المال فقيها يعرف اسباب الجرح و
التعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب
تحت اسمه في كتاب القاضي اليه انه عدل جائز الشهادة
ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او
يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك
يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة
او فسق يكتب تحت اسمه مستورا ويردها المعدل الى
الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد
الخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول
المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل
غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسب وقد كانت
التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رض لان القوم كانوا
صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح
بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء

ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد ان يقول المعدل هو عدل
جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة
بالدار وهذا الاصح وفي قول من

وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه
وعن ابي يوسف ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكيته الى تزكية آخر لان العدد
عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في
اقراره فلا يصلح معدلا وموضوع
المسئلة اذا قال هم عدول الا
انهم اخطؤا او نسوا اما اذا
قال صدقوا او هم عدول
صدقة فقد اعترف بالحق
قال واذا كان ص

وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد رح انه قال تزكية
العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للمعدل ان يقول هو عدل جائز
الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار قال المص رح وهذا الاصح لان في زماننا كل من نشأ في دار
الاسلام كان الظاهر حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه و
حريته وانما يسأل عن عدالته قال ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة
من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سئل لم يقبل قول المدعى عليه
هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا او هم
عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته
لكن عند محمد يضم تزكيته الى تزكية لان العدد شرط عنده هذا
اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا او سكت عن
جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح
هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه الظاهر الرواية
ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اقراره
فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق وتقابل ان يقول التعديل
الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست
بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المص قال موضوع المسئلة اذا
قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا ومثله ليس اقرارا بالحق
وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار
على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه
لانه نسبهم في ذلك الى الخطأ والنسيان فاني يكون اقرارا قال

قال وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف
رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية
القضاء تبتني على ظهور العدالة
وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد
كما يشترط العدالة فيه وتشترط

واذا كان رسول القاضي اذا كان رسول القاضي الذي يسأل
عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في
شرح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك
في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول
القاضي الى المزكي اي القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رح ان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القضاء مبني على ظهور العدالة والعدالة
بالتزكية فولاية القضاء يبتني على ظهور التزكية واذا كانت في
معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة
ويشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا
ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة
ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن
اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي يثبت بالنص على خلاف القياس
لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه
انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما
في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل
لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية
فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط
فيها فالجواب انما يلحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك
بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا قال ولا يشترط
اهلية الشهادة في تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة

ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا
لا تشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة
فلا يتعداها
ولا يشترط

ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية
فهي شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا
يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين
احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل
البيع والاقرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع

فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما
تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله
الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية
ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو
المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف يشترط ان يكون المزكي
في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في
احدهما دون الاخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال
في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير
المزكي في السر اما عندنا فالذي زكاهم في السر زكاهم في العلانية

فصل لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع
في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما
يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع
والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد
ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار والغصب وحكم
الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز
له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب
لنفسه وهو الحادثة بما توجبه وكل من علم ذلك جاز له
الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع فقيل جعل العلم بالموجب
ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته

فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو
الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
قال ويقول

قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له
ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم
انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه
لانه حصل العلم في هذه

ومنه ما لا

لا على ركنية اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه
مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة الاحتياج للاداء
اليه قال ويقول اشهد انه باع اذا سمع المبايعة ولم يشهد
عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول
اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب يحجب عن
رؤية شخص المقر لا يجوز الا شهد ولو فسر للقاضي بان قال اشهد
بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي
تشبه النغمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلوب للاداء وقوله
الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان
دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس
للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده
اثنان بانها فلانة بنت فلان فانه جاز له ان يشهد وكذا اذا
رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه
شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة قال
ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا
يثبت الحكم فيه بنفسه كمثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت
بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهد الشهد على شيء لم يجز له
ان يشهد على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة
بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل و
الاول اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل
الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رح
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له
ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة
بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد
وكذا اذا سمعه

وكذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره
قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط
فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق

فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر
الاسلام اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فان الحكم يضاف الى
النوع لكن تحملهم انما يقع ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس
القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين
ان التحمل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل
وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على
التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكنا فيه ان يقول الشاهد على الشهادة
تحميل لانه لا يتغنى به الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى
هذا اذا سمع الشاهد يشهد على شهادته لم يسع له ان
يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا
رأى خط الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا
يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم
كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط
الحفظ ولهذا اقلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من
وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة
وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما
اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فاثبته في قمطره
اي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظ الحاكم او قضيته
اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك قال ابو حنيفة لا يرى جواز
الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن
الا يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتابة
وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون
في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة
في الصك فانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم
انا شهدنا نحن وانت
قال ولا لمن رح

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان

اذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر انه لم تصل اليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند ابي حنيفة خلافا لهما

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه قد تقدم ان العلم شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي المشاهدة وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد يتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم يقبل

قوله مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه اقول حيث تكلم في اول كتاب الطهارة على اشتقاق الوضوء من المواجهة وقال هناك الاشتقاق الكبير هو ان يكون بين الكلمتين تناسب في اللفظ والمعنى ويجوز ان يكون الشهادة مشتقة من المشاهدة بهذا الاشتقاق

وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس وتتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد

واما يجوز

وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكره به فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر

فيها الشهادة بالتسامع ادى الى ذلك وهو يخبط بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل احد فان قيل هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد ممن يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانه يوجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظ الخبر ويكتفى في الموت باخبار واحد او واحدة فرق بين الموت والاشياء الثلثة اي النكاح والولادة وتقليد الامام بان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قلما يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن ابي قحافة والخطاب وان لم نشاهد

وأما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى إنسانا جلس في مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج

وكما إذا رأى عينا في يد غيره

ومن شهد قح

شيئا من ذلك فإذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن

معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة وإذا فسر أنه إنما يشهد

لأنه رآه في يده لا تقبل كذلك هذا ولو رأى إنسانا جلس مجلس

القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا وإن لم

يعاين تقليد الإمام إياه وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان في البيت

وينبسط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنه

امرأته فإن سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته

لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما نشهد بأمهات المؤمنين أزواج

النبي عليه السلام فعلى الرؤية أولى وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم أعاين

العقد تبين للقاضي أنه يشهد بالتسامع ولو قال أشهد لأني

سمعت لا تقبل فكذا هذا ومن شهد أنه شهد دفن فلان

أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله لأنه

لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه ولو قال نشهد أن فلانا

مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الأصح وأما

الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف

أنه يجوز لأنه أمر يتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا فعدم قبولها

حرج وتعطيل وقوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان أن

الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أولا

ففي ظاهر الرواية أنه محصورة وعن أبي يوسف أنه يجوز في الولاء

لأنه بمنزلة النسب قال النبي عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب و

الشهادة على النسب جائزة كما مر فكذا على الولاء إلا يرى أنا

ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب وعن محمد رح أنه

وعن محمد رح أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتنى عليه وأما الوقف فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر

قال ومن في

نشهد أن قنبر مولى علي رضه وعكرمة مولى ابن عباس رضه وإن لم

ندرك ذلك وعن محمد أنها تقبل في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار

والجواب عن قول أبي يوسف رح أن الولاء يبتنى على زوال ملك

اليمين ولا بد فيه من المعاينة لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس و

ليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البينة

قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل

بالإجماع وأما الوقف فمذهب المشايخ أما أنها لا تحل فيه بالتسامع

مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله

وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه لأن أصله هو

الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بأن يشهد وأنه وقف على

هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم

لا تقبل كذا في الذخيرة قال ومن كان في يده شيء رجل

رأى عينا في يد رجل ثم رآها في يد غيره والأول يدعي عليه الملك

وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك

إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فإن الإنسان وإن عاين

البيع أو غيره من الأسباب لا يعلم ملك المشتري إلا بملكه البائع

وملك البائع لا يعلم إلا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة

لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع فإنها إذا لم تجز

تحكيم اليد انسد بابها وعن أبي يوسف رح أنه يشترط مع ذلك

أن يقع في قلبه أنه له لأن الأصل من شهادة القلب تفسيرا

لإطلاق محمد رح في الرواية وهو قوله وسعه أن يشهد أنه له

قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد رح في الرواية

وقال الشافعي

وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة
الى انابة وملك قلنا التصرف ايضا يتنوع الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له
ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع
وان لم يعاينهما او عاين المالك
دون الملك لا يحل واما الثاني

معناه اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة
لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة
اليد وليس كذلك واجيب بان جعل العيان مجوزا للشاهد ان
يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما ذكرنا واما ان يلزم القاضي العمل به
فلم يلتزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف
فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد ان يأخذها
بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار
ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي دليل
الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف لان
اليد متنوعة الى انابة وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف
اليها والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال
فينتفي العلم ثم هذه المسألة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية
لانه اما ان عاين المالك والملك او لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك او بالعكس
من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه
وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه
انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع
من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا وكذا لا يشهد لانه
مجازفة في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك
بحدوده ونسب الى فلان بن فلان ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه
بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك
مع جهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له

واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد
لهما على انفسهما فيندفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك
وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما

وفي الاستحسان تحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة
والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم لا يرى ان صاحب
الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها
وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك
وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة
واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان
والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم
وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو
كالثاني لجهالة المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى
قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا وامة
في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما اولا فان كان الاول حل له
ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين
فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني
وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان او بالغا فذلك مصرف
الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك لا تدل
على الملك لانهما في ايدي انفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حكما حتى
ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به
المولى ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق
لو كان بتعبيرهما عن انفسهما لا تعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر
في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما يعتبر ذلك لثبوت الرق

وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه
والله تعالى اعلم بالصواب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح

عليها للمولى في الصورتين وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن
ابي حنيفة رح انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب
وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رح فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل
الا يرى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه
فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب
والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما يدفع
يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع
شرع في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك
على هذا لانه كالمحل والمحل شرط والشروط مقدم على المشروط و
اصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال عليه السلام لا شهادة
لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجيته بترجح جانب
الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد
كالفسق فان من لا ينزجر عن الكذب من محظورات دينه
فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى في
المشهود له من قرابة بها يتهم بايثاره المشهود له على المشهود
عليه كالولادة وقد تكون لخلل في اداة التمييز كالعمى المفضي الى تهمة
الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود
في القذف قال الله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم
الكاذبون قال ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى
اما ان تكون في الحدود والقصاص اولا فان كان الاول فليست

مقبولة

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح انه تقبل فيما يجري فيه
التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح يجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل
بالنسبة كما في الشهادة على الميت
ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة
بين المشهود له والمشهود عليه
ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة
يمكن التحرز عنها بجنس الشهود
والنسبة لتعريف الغائب
دون الحاضر فصار كالحدود
والقصاص ولو عمي بعد

مقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون فيما يجري فيه
التسامع كالنسب والموت اولا فان كان الاول قبلت
عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة رح وان كان
الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت
عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق
فالمعتبر عند ابي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره
حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول
في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت
والنغمة في حق الاعمى بقيامه مقام المعاينة والحدود لا تثبت
بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة فيه الى
السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا
يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون
وسياتي جواب اخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي رح فهو
ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة
عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل
في القول لان لسانه غير ماوف فكان المقتضي لصحة التحمل
والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف
يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدوا على الميت
بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر
نسبته والجواب لابي حنيفة ومحمد انا لا نسلم ان القول يستبد
بتحصيل الاداء بل يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له و

ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة شرط
وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا
ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك

المشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه نوع شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيهم غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتميز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغايب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى ففي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطي زوجته وجاريته فانه لا يميزهما من غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقرير ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه ابي حنيفة رح ومحمد لمنع القضاء بالعمى الطاري بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لضرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان القضاء من ادائه القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء

قال المص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء اقول وقال ابو يوسف لا يمتنع بل يقضي به لانها اديت بشرط الصحة فلا تتغير بالعمى حدث بعدها كما لو مات الشاهد او غاب وقال صدر الشريعة وقول ابي يوسف اظهر

قوله والمراد بالتميز بالاشارة التمكن منه اقول قبول الكلام الممنوع معادرة منه

قوله واما وجه ابي حنيفة ومحمد اقول علي قبول شهادة الاعمى فيها لا انها لا يحتاج الى التعريف بالتمام وليس كذلك الاموال الا يرى انه يكون مقام تثبت بالنسبة في كتاب القاضي الى القاضي ولا يثبت ان يكتب بحق بها منلا

بالاجماع

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي على نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره قال والمحدود في قذف وان تاب لقوله تع ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي

بالاجماع يمتنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء قوله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تع ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله تع نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما وان معنى قوله لهم المحدودين في القذف والتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا من القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تع واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تع ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا النهي عن القبول

قال المص ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية اقول الوكالة ولاية كما يعلم من اوايل باب عزل الوكيل والعبد المحجور له ان يوكل من يجوز وكالته فما الجواب قال المص ولانه من تمام الحد اقول دليل على المدعي مع قطع النظر عن لفظ ابدا بخلاف الدليل الاول قال المص ولان الرد للفسق اقول لانه من تمام الحد

قوله ولان معنى قوله لهم المحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف اقول لعل مراده ان نسبة الامر الى المشتق يفيد علية المأخذ فيفيد الاية ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين في القذف بالتوبة لا يزول هذه العلة فكذا معلولها

قوله اذ الحكم الثابت له التوقف اقول فيه تأمل اذ لا منافاة بين التوقف والنهي عن القبول وسيجيء في شهادة اهل الذمة في هذا الباب ما يؤيد ما قلنا

قال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف
الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حدّ الكافر
في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت
شهادة اخرى بخلاف العبد
اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة
للعبد اصلا فتمام حده برد
شهادته بعد العتق قال ولا شهادة

وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا
استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف
الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على
ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي
ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل
فانه يفيد حصر احد المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه
لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل
سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد
وهو مناقض لما سلمناه ولكنه كان ابدا مجازا مدة غير متطاولة
وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثناء
منقطعا بل جعله منقطعا اولى دفعا للمحذورات وتمام العثور
على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقرير الاستدلالات
الفاسدة قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم
تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا
لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف
كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة
مطلقة غير الاول فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في
القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان
بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم
زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف

حيث

قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه
قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد
والآباء متصلة ولهذا لا يجوز
اداء الزكوة اليهم فتكون
شهادة لنفسه من وجه
او تتمكن فيه التهمة
قال رضه والمراد هـ

حيث جعل القذف فيما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل
الزنا فيما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنى لم ينعقد
موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا
والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه
واعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل
الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة ايضا لملاقاة
الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر
مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه فهو معروض يوضح بعد الحد
مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل
بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه قال ولا
شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده
ولا شهادة الولد لابويه واجداده لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة
الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب
بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة
ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع
من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع
بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم
واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان يتمكن
فيه شبهة قال المصنف المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو
التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع

قال المص رضه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه
ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد
بالاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها

قال والعلم

نفسه قيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه وفي عياله و
ليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل
البيت من القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منه و
قيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب
اي فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من
جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس
وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له
فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال
المنافع ولهذا جاز شهادة الاستاد له ووضع الزكوة فيه
لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة تترك
به القياس واما شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه
غير مملوكة لاستاذه ولهذا له ان يوجر نفسه من غيره في مدة
الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر ولا
تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك
بينهما متميزة والايدي متحيزة اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها
غير متصرفة في ملك الاخر غير منعقدة اليه ولهذا يقتص من احدهما
للاخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه
كالاخوين واولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة احدهما للاخر
نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه
لان ذلك ليس بمقصود بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا
كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان

قال ولا تقبل لاحد الزوجين للاخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة و
الايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته
ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس

ولنا ما رويناه

(هامش:) قوله متحيزة اي يد كل منهما ... والايدي متحيزة ...

ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه
او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى
لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين
لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا
ولا شهادة الشريك لشريكه
فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد الخ

كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما رويناه من حديث عايشة رضه
انه عليه السلام قال لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده
ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان الانتفاع متصل ولهذا
لو وطئ جارية امراته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي
الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه
او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم
مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي
ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا
تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي
يتصرف في مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه ياخذه لان
الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان
قال ولا شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى لعبده
لما رويناه ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه
ووجه ذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين اولا فان كان
الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يصير
العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى
كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان
العبد وما يملكه لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا
من كون الحال موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار
اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه وشهادة
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه

(هامش:) قوله بخلاف الرجل لكونه قواما اقول وبخلاف المراة فانه ... الاخذ للنفقة والظفر ليس ... هو ما

حور

ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة المرء لاخيه وعمه
لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا انبساطة لبعضهم في مال البعض قال
ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه
لين وفي اعضائه تكسر
فهو مقبول الشهادة
قال ولا نائحة

في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية
اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت
لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين
فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص
والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادة لنفسه من
وجه قال وشهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ
لاخيه وشهادة الرجل لعمه وسائر الاقارب بخلاف الولادة لانتفاء
التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث و
هو في الوصف من تعرف بالردي من الافعال اي التمكين من اللواطة
فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة
ولا نائحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل
على الحرمة نهي النبي عم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية
ووصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح
في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية
في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية
عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات
خصوصا اذا كان الغناء من المراة فان رفع الصوت منها
حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد هنا بالناس
وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مدمن الشرب
على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على
شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر

قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه
ولا من يلعب

ولا من يلعب ح

ولا من يلعب بالطنبور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود
سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا
من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة
قال ولا من ياتي ح

ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك
عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة و
ان كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا
يؤمن بها على الاقدام على الشهادة عن نسيان بعض الحالات
ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات النساء
بصعود سطحه ليطير طيره وذلك فسق فاما اذا كان يمسك
الحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من
البيت فانها تاتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه
ولا يعرفه من حمامة نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله
ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آلة لهو او لا وانما
لم يكتف بمن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق
وهذا يقيد كونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه لازالة
وحشة لا باس به عند عامة المشايخ وهذا اختيار شمس الائمة
السرخسي واختاره المص وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب
كبيرة واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه
البراء بن مالك وهو يتغنى وهو من زهاد الصحابة ومن
المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده
وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي
فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك قال
ولا من ياتي بابا من الكبائر من اي شيء من الكبائر التي يتعلق بها

وكان من زهاد الصحابة ح

قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق به الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام قال او يأكل الربو او يقامر بالنرد او بالشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من يفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قل ما ينجو من مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا

قال ولا من يفعل الخ

الحد للفسق وسقطت عدالته وهذا بناء على ان الكبيرة اثم فيه حد او قتل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله عم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنى وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من يأكل الربوا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد او الشطرنج اذا انضم احد امور ثلثة القمار او تفويت الصلوة بالاشتغال به او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمص لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الا ولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط احد الامرين ووقع في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة لمجرد قوله عم ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا ويجوز ان يكون افراده فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك قوله لان للاجتهاد فيه مساغا لان مالكا والشافعي يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو من مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الافعال المستحقرة

قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي من مثل ذلك لا يمتنع من الكذب فيتهم

ولا تقبل الخ

ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية الخ

وفي نسخة المختصر وفي اخرى المستخفة وفي اخرى المستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من السخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحيي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا يقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة لظهور فسقه وقيده بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا اقبل شهادة من سب اصحاب رسول الله عليه السلام واقبل شهادة من تبرأ منهم وفرقوا بان اظهاره سفه لا يأتي به الا الا اسقاط السخيف وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس وميلهم عن السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء اي الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثني عشر فرقة وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسوق او الفسق من حيث الاعتقاد شرعه من حيث التعاطي ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين

اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل
يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجب التوقف
في خبره ولهذا لا تقبل شهادته
على المسلم فصار كالمرتد
ولنا ح

والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كحنفي يشرب المثلث او شافعي
اكل متروك التسمية عامدا معتقدا الاباحة فانه لا يصير به مردود الشهادة
والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى ابن الخطاب
رجل كان بالكوفة قتله عيسى ابن موسى وصلبه بالكناس لانه كان
يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم
منهم يعتقدون ان من ادعى شيئا منهم على غيره يجب ان يشهد له
بقية شيعته وقيل يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم فرد
شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل اولا ولتمكن الشبهة في شهادتهم
ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا قال وتقبل شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم
كاليهود مع النصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت
لقوله عم لا شهادة لاهل ملة لاهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم
مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اولياء بعض والمراد الولاية دون الموالاة فانه معطوف
على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فالعطف قرينة تراعى بها تناسب
المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى ان جاءكم
فاسق فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه وبخلاف
جنسه ولنا ما روى ان النبي عم اجاز شهادة النصارى بعضهم على
بعض رواه جابر ابن عبد الله وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية
على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فهو اهل الشهادة
اقول لان الشهادة من باب الولاية

ولنا ما روى ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من
اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق ح

والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور
الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له
بالاضافة الى المسلم ولانه يتقول ح

على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وعلى
خلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس والجواب ان القياس في
الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على
المؤمنين سبيلا واعترض بان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء
والكافرون ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة
عليا او مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ
ليس ما يمنع رضانا من شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث
الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق
مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني
ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب
محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا
على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم
ارتكبوا الكذب بانكار الايات مع علمهم بحقيتها قال الله تعالى وجحدوا
بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد به الاحبار
على عهد رسول الله عم المتواطئون على كتمان نعته ونبوته ولا شهادة
لهم عندنا ومن بعدهم على ان الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين
ومطبقون على كون الكذب على احد محظورا اذ هو محظور الاديان
كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية
له على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة
الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم
ومما يقال لو استلزمت الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة

ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وتقبل شهادة

الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجه ان الولاية بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود اللزوم وقد تقدم لنا جواب اخر عن هذا السؤال ولانه يتقول عليه جواب اخر وتقريره سلمنا ان علة قبول شهادته وهي الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المص اراد بالحربي المستامن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستامن على الذمي غير متصور لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل الحربي دار الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه ماخوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستامن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستامن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرناه في شرح رسالتنا في النوابض وعلى هذا قوله وهو اعلى حالا منه اي اقرب الى الاسلام من المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستامن استظهار على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستامن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع

الولاية

قال المص لانه يغيظه اقول قال الكاكي في النهاية للشارح اي المسلم الذي قهره اياه

قال المص لان الذمي من اهل دارنا اقول قال الكاكي ولهذا لا يجري التوارث بين الذمي والمستامن لان المستامن من اهل دار الحرب والذمي من اهل دارنا ... انتهى ... من دارين مختلفين

قوله لانه لا ولاية له على الذمي اقول لم لا يكفي كونه من اهل الولاية مطلقا على ما ذكر في الذمي والمسلم من كون النقيض بقبول شهادته على المسلم

وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات

الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستامنين فضم ذلك اليه للتعليل في بعض الصور دون تحكم والاول هو الظاهر فان قلت اما يجوز ان يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستامن لا جزء العلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتامل و سنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستامن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض المستامنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستامن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن فيقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستامن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستامن قال وان كانت الحسنات اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة فيعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اتيانه بما هو ماذون في الشرع اغلب من المامه بالصغائر جازت شهادته ولا ينقدح

قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة ولا يرد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق

قوله فان قلت اما يجوز ان يكون علة الخ اقول لم لا يجوز ان يكون علة ... لقبول شهادة المستامن عليه

قوله فله الولاية العامة اقول انت خبير بانه مخالف لقوله ... ولاية ...

قال وتعمل

قال ونقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي فان عمر رض قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد

ككفرهما وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جايزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص

قال وشهادة العمال

عدالته بالمام الصغاير كيلا يفضي الى تضييع حقوق الناس لسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها ونقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين فانه لا يبقى عدلا حينئذ بل مسلما وابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع منه ولادته لما روي ان الحسن والحسين رض اختتنا اليوم السابع او بعد السابع لكنه شاذ ونقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رض قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده ونقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك رح لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله والخلاف الكافي ايدي كما في قوله تع ليس كمثله شئ فيتهم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه ليس بمواخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه ونقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تع واستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وشهادة الجنسين وتشهد مع رجل وامراة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان تكون امراة قال وشهادة العمال جايزة قال فخر الاسلام وعامة

قال وشهادة العمال جايزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة

قال واذا شهد

المشايخ معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة يجيز شهادة العمال اي عمال السلطان الذين يعينون في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوايم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلا الصحابة رض كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويوجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم اطيب المكاسب قال عليه السلام افضل الناس عند الله من ياكل من كسب يده فاني يوجب جرحا قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة متهم بعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحيائها

قال واذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جايز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه

وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة فيكتفي
مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي
نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية
نصب الوصي فيكون الشهادة هي
الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما
دين تقبل الشهادة وإن لم يكن
الموت معروفا لأنهما يقران على
أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما
في حقهما وإذا شهد

حقوقه أو فراغ ذمته أو يعاونونه على التصرف في مال اليتيم ولا
شهادة لمتهم وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لأنها
ما يوجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك
لتمكنه من نصب الوصي إذا رضي الوصي والموت معروف حفظا
لأموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحيته من ينصبه
وأهليته وهؤلاء بشهادتهم القوه مؤنة التعيين لم يثبتوا بها
شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة
تعيين القاضي فإن قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت
الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بأن الوصيين إذا اعترفا
بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما معهما بثالث معهما اعتراف
بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف
ما إذا أنكر أو لم يعرف الموت لأنه ليس له نصب ولاية الوصي
إذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فإنها
تقبل وإن لم يعرف الموت لأنهما يقران على أنفسهما بالحق فيثبت
الموت في حقهما باعترافهما وإن شهد أن أباهما الغائب وكل
فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل
ذلك أو ادعاه لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب
فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك **قال** ولا يسمع
القاضي الشهادة على جرح الجرح إما أن يكون مجردا أو غيره لأنه
لا يخلو إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أو لا والثاني هو المجرد
لتجرده عما يدخله تحت الحكم والأول هو الثاني و لكان تسميته

وإذا شهد أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما
لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لمكان التهمة
قال ولا يسمع

قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع
بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ولأن فيه هتك الستر والستر واجب والإشاعة حرام وإنما يرخص ضرورة
إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل لأن الإقرار
مما يدخل تحت الحكم قال والجرح

مركبا فإذا شهد شهود المدعى عليه على الخصم بشيء وأقام الخصم بينة على
الجرح المجرد مثل أن قالوا هم فسقة أو زناة أو أكلوا الربا فالقاضي
لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين أحدهما قوله لأن الفسق مما لا
يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ورفع الإلزام
وسماعها إنما هو للحكم والإلزام والثاني قيل محلية الاعتماد أن في
الجرح المجرد هتك الستر وهو إظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان
الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي إظهار الحرام فلا يسمع
الحاكم فإن قيل لما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم
الجرح المجرد أجيب بأن من شرط ذلك في زماننا أن يقول لا أعلم
من حاله أو يعلم القاضي بذلك سرا إذا سأله القاضي تفاديا عن
التعادي واحترازا عن إظهار الفاحشة وليس مما نحن فيه ذلك أما
قال ولا يحكم بذلك وإن كان عدم السماع يفيد عدم جواز أن يحكم بذلك
بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا قوله إلا أنه استثناء من قوله
لأن الفسق وهو منقطع أي لكن إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي
أنه أقر أن شهوده فسقة فإنها تقبل لأن الإقرار مما يدخل تحت
الحكم ولم يظهروا الفاحشة وإنما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي
لا ظهار ما ليس كمظهرها وكذا إذا شهدوا أن المدعي استأجر
الشهود لم يسمعها لأنه جرح مجرد وضم الاستئجار إليه ليس بخارج له
عن ذلك لأنه من حقوق العباد فيحتاج إلى ضم يحكم الحاكم والخصم
فيه لكونه أجنبيا عنه حتى لو أقام البينة أن المدعي استأجرهم
بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي

قال ولو أقام رجل أي المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح
مجرد والاستئجار وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في إثباته حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي
استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل لأنه خصم
في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه
وكذا لو أقامها

وكذا لو اقام البينة على انه صالح الشهود على كذا من المال ودفعه اليهم على ان لا يشهد وا على
بهذا الباطل وقد شهد وا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا اقلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد
عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد

كان في يده قبلت لانه خصم على ان لا يشهد وا على بهذا الزور و
شهد وا وطالبهم برد المال كما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل
دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله وبهذا اقبل اي ولما قلنا
انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق
الشرع وليس منه ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح
المجرد فقلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا
اسهل والمعنى اذا اقام المدعي عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود
في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي
قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما
قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف حكمي يظهر اثره في
سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله
انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته
وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد السرقة قال قيل في هذه
الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان
اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله عليه السلام اذكروا
الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت
في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عند المدعي عليه
لانها تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى
هذا في اقامة البينة على ذلك اعتبار ان احدهما ان تكون لجرح
الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن
علامته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة

قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته و
معنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه
وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن
المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه
يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
او خيانة فوجب الاحتياط

كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه قال ومن
شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر
الاسلام اي اخطأت بنسيان ما يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة
يعني تركت ما يجب علي او اثبت ما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو
في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما
ان يكون عدلا او غيره والتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس
والتغرير من احد الخصمين او لا فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا
اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره فان كان
عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظ الشهادة
وما يجري مجراها مثل ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة
الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك ترك لفظة
الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم
الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما
اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت
بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا
عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته
ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي او زاد
عند اخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون
باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يجوز ان يكون
قبل القضاء بتلك الشهادة وبعده قال المصنف ووجهه ان الشاهد
قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل

ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار كلكلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا
اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاذا لم يكن فلا بأس
باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون
عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه
يقبل قوله في غير المجلس اذا كان
عدلا والظاهر ما ذكرناه ح

باب الاختلاف ح

اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما اذا
قال بعد ما قام عن المجلس فلم تقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي بإطماعه
الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب
الاحتياط قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل اخر على ذلك وفيه اشارة
الى ما مال اليه شمس الائمة فانه الحق الملحق باصل الشهادة فصار كلكلام
واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان
كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط
في بعض الحدود فذكر الشرقي مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب
كما ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه
قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح
انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته
ينفي توهم التلبيس والتزوير والظاهر ما ذكرناه اولا من تقييد ما فيه
شبهة التزوير بالمجلس والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاختلاف في الشهادة

اخر اختلاف الشهادة
عن اتفاقها لما تقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما
هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب **قال**
الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة اذا وافقت
الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة
فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته
وموافقتها الشهادة هو ان تتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا وفعلا
وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير

وشهد

الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفت لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد
شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها قال وتعتبر ح

وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد
بشيئين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل
وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق
زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده او ادعى انه عبده
ولدته الجارية الفلانية من ملك فلان وشهد بانه عقارا بالجانب
الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد
انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد
بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين
لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعي على غريمي هذا
والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المص على ذلك بقوله لان
تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت
فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها اما ان تقدمها شرط
لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا خصومة
الا بالدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها
من التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة
لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها
سواء وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط
قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وهو مسلم ولكن وجود
الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة
تعارض كلام المدعي والشاهد فلم ترجح لصدق الشاهد حتى
اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح

الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط مستلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لاسيما على قول ابي يوسف ومحمد رح ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة واما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا اختلاف فاللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الاخر بالتضمن فقد نفاه ابو ح وجوزاه فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما سيجيء ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالفردية

ولابي

ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال

قال وان شهد ح

وان يثبت بالبينة فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الاخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة فقيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ولو وجب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة رح عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب فشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه ابراء عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت عن المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء والايفاء ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا وطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به

قال وان شهد احدهما بالالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين

وان قال ح

واحد ولا يثبت به شيء **قال** واذا شهد احدهما بالالف والاخر بالف وخمسمائة وكما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بمائة ومائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما بال القاضي لا يقضي به على الباقي كما يقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار قوله وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضي بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن

وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه

قال واذا شهد ح

استوفيت

قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا

قال وينبغي ح

استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق واعلم ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو من ثلاثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة كما ذكرنا او سكت عن التصديق والتوفيق او وفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الاخر **قال** واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبضه ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يعد متناقضا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه ههنا لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقعت في الحال ابتداء وههنا ليس كذلك وجوابه

قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير
معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاه
فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا
انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به
الاول وهو القرض ومثله لا يمنع
القبول واذا شهد

ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء و
القضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من
شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقبل شهادته
وجوابه سياتي وينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض
خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي
الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد
احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما
عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع الصغير
وبين ما ذكرت قبلها ان في مسئلة الجامع شهد احد الشاهدين
بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن
اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء
وهو تفسيق له قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو
القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة
ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص اخر فقبل الا انه شهد له
فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي لشهوده تفسيق له لكونه
اختياريا واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة
الدفع عن نفسه قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة
وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على
رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان
كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رح وهو الاصح
وقيل انما يقطع في ما يتشابهان فقط والاول وان اختلفا في الذكورة

واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا
عند الامام لم يقبل الشهادتان لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت
احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا
تنتقض بالثانية قال واذا

قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال
الاخر ثورا لم يقطع عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين
يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان كما مر

والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة
السواد غير سرقة البياض فلم يتم على كل واحد منهما نصاب
الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب و
المسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر
الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نصف
الادمي وصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة رح
ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة
فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان
بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود يبصره احدهما والاخر ابيض
يشاهده الاخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا
اختلف شهود الزنا في بيت وفيه بحث من وجهين احدهما
ان طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع
والحد يحتال لاندرائه والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا
ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه
فيما يندرئ بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا لا
لاثباته ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب
الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا
فيقطع به اولا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون
ثياب السارق وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا
لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا ترى انهما لو سكتا
عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس

كما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب
بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي
من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض
من جانب اخر وهذا الاخر يشاهده بخلاف الغصب

بخلاف الغصب لان الحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يحتمل
في واحدة والبيع وكذا الوقوف على قرب ذلك من الثوب منه قال ومن شهد لرجل
انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة

لان المقصد اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي الخ

قال المقصد ولم يتم العدد على كل واحد منهما اي ولان لفظه كل من لا حاجة اليها تمت

من صلب الشهادة ولم يكلفوا نقله الى المجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وتوهم الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق او يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه بهذا قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهد به من الاختلاف بهما لانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب فلا يشتبه فتحتاج الى التوفيق قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على اخر انه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف واخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصد اثبات العقد بل لترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الالف فزاد في الثمن وعرف به احدهما دون الاخر

اجيب

ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فقط وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصد هو اثبات السبب وكذا الخلع الخ

اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهد الجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجهه ما في الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة ملتصقين بالشراء اما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا ياخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل اخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما كما بينا ان المقصد هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصد اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصد هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة

وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين

وفي الرهن ح

لاتفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ ويخاصم لادني البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد لان المدعي اذا كان هو المرأة او العبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف وقال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة انه يقبل على الالف اذا ادعى الف وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا يقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنها لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير معتبرة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا فيقبل عقد الرهن بالف عنده بالف وخمسمائة فيجب ان لا يقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه يكذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد

وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لاحظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين

وفي الاجارة ح

وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع استحسانا وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين

قال فاما النكاح ح

متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في ساير الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان تكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الآجر او المستاجر فان كان الآجر فهو بمنزلة دعوى الدين يقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على آخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالآجر لا ياخذ منه بينة سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستاجر باعترافه **قال** فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت بالف عند ابي حنيفة رح

قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رح هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ان هذا الاختلاف في العقد لان من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل و الازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل

وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد رح هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في السبب لان العقد من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح كالتبع والاصل والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا قوله والاصل فيه الحل و الازدواج دليل اخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن التسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضى بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المص ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة

ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل في الشهادة على الارث

قال رح ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة على انه مات وتركها ميراثا له واصله

ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد ولا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بل يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط له في المقصود اعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهو اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال او المرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد اولا قال ابو حنيفة رح لا يوجب ذلك وهما قالا يوجبه وقد ذكر المص دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له اولا قال ابو حنيفة ومحمد رح لا بد منه خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان

واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة بالملك للوارث وهما يقولان ان

وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وقد وجدت الشهادة على اليد وكذا على قيام يده على ما ذكرنا

في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل
قال شهدوا الخ

ان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت ينقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والمغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله انه في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد يكون اليد يد امانة ولا ضمان فيه لتنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه ترك الحفظ وهو متعمد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام انها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كانه اقامها على انها كانت ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا

قال شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان اليد عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت
وان قالوا الخ

وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظ وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة
قال قال الخ

مات وتركها ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند ابي يوسف بشهادتهم بملك المورث قوله وان قالوا لرجل حي مسئلة اتى بها استطرادا اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا فصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعي فانها تقبل ويرد الدار الى المدعي وجه الظ وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاينة ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله قوله وان اقر المدعى عليه يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه

قال فان اقر المدعى عليه بذلك دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا الاقرار وهو معلوم
باب الشهادة على الشهادة

باب الشهادة على الشهادة قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص قال وتجوز ح

الا انه عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان والله تعالى اعلم

باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار عليه والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزناها وان كثرت اعني الشهادة على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة البدلية لان العدول الى الابدال لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه الاصل كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينها لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل واخران على شهادة شاهد اخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة عطف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها

زيادة

قال وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قاما مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رض لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق اخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما رويناه وهو حجة على مالك رح ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ج

زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيد في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص قوله ويجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصليين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الاخر فذلك اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قاما مقام واحد فصار كالمرأتين لما قاما مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكونا بازاء اصل فقال ولان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الاخر شهدا بحق اخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك فقال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رض وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلابد

قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد
على فلان بن فلان انه اقر عندي بكذا او اشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل
والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول ح

من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قوله وصفة الاشهاد
ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية
شهود الفرع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفرع فقال
وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني
على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل
على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر ان الفرع ليس بنائب عن الاصل
في شهادته بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع
كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه
كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس
القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز
لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
قال ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفرع
الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان
ابن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال
لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر
شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تنبئ بذلك
كله وهو اوسط العبارات ولها اي ولشهادة الفرع عند
الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد
ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته
وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن

قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا
وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ
اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها
ومن قال اشهدني ح

ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل وهذا ظ عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا
حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة
فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل ح

فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو
ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان
ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه
ابي جعفر وهكذا ذكر محمد في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان
على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع
بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان
يعني يتخير المشهود عليه بين الاصول والفروع وذلك انما يكون
بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما فلانه وان لم يكن
بطريق التوكيل حتى لو شهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء
لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل
شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست
بحجة بنفسها ما لم تنقل ولا بد للنقل من التحميل وتعقب بان يقول كلام
المص مضطرب لانه جعل المط في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله
لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك
يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل
وذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون
حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحجة بمجرد
شهادة الاصل مرتبة لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة
وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق
اخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل

قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل الخ

ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فاعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر ليمكن له خصاره ولانه في ابكار الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وذلك كلام حسن لسد الخلل واما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمط وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه اخر مفيد **قال** ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان تجويز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا ثلثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحاكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء بعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلثة ايام احسن لان المجز

قال المص والثاني ارفق اقول اي بارباب الحقوق من الناس فان الشهود ربما لا يبيتون في منازلهم ... ذلك الزمان ...

لان

274

قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا الخ

شرعا متحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكثير من المشايخ رح وروي عن ابي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكانوا كنقل اقرارهم قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفروع اذا شهدوا على شهادة اصليين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسال عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسال عن الفروع وان عرف الفروع يسال عن الاصول فان عدل الفروع الاصول يثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا

قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رح لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة واذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رح ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد

وانه ليس له في الحقيقة تنع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسئل عن المزكين غير الفروع عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد اقاموا ما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا فبل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فان لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسئل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة بان قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامراة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها

قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة وقالا لا ندري هي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة

لان الشهادة

لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد من اخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك

هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري بعد ما انكر ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين اخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى اخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان ابن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا اخص منها دونها قال في الصحاح الفخذ اخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيرها ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب

قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف

وبهذا لان التعريف لابد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل ح

بفتح الشين بجمع القبائل والقبائل بجمع العمائر والعمارة بكسر العين بجمع البطون والبطن بجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء بجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لابد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فلم يكن بينهم لسنا الحدث اسامهم و اسامي ابائهم ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الاولى الادنى في النسبة وهو اب الاب

فصل قال ابو حنيفة رض شاهد الزور اشهره في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند ابي حنيفة رح فقوله ولا اعزره يعني لا اضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك رح لهما ما روي عن عمر رض انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لان المقصود منهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة رح من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة

ببتليغ ح

فصل قال ابو حنيفة رح شاهد الزور [اي شاهد الزور] اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رض انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه

قوله ولان

ولان هذه ح

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رض كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

ثم يعتبر التشهير ح

قوله ولان هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تع فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة عن ابيه ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر الكبائر فقلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين فكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلنا لا يسكت ويتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة رح ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي رض والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يفعله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يكون مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وهذا يترك الضرب وحديث عمر رض محمول على السياسة بتبليغ الاربعين وهو منهي عنه قال عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم وهذا تاويل شمس الائمة رح واوله شيخ الاسلام رح بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تع واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رح انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا

وبدلالة تبليغ الاربعين ح

ثم تعزير الشاهد منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه
ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا اخذنا هذا
شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا
والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها في الحدود وفي الجامع ح

واما قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى
موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام و
يقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس و
ذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير مقداره الى ما
يراه القاضي ولم يذكر المص رح ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا
او مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم
لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من
غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي علمته ثم انه
اذا تاب هل يقبل شهادته بعد ذلك اولا ان كان فاسقا تقبل
لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور
التوبة عند بعض المشايخ رح ستة اشهر وعند اخرين سنة قالوا
والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا تقبل اصلا
وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف رح لان الحامل له
على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى
ابو جعفر عنه انه تقبل قالوا وعليه الفتوى قال وفي الجامع الصغير
وذكر ان فائدة ذكر رواية هي معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر
على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي
للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد
بقتل شخص وظهر حيا او بموته وكان حيا الا انه نادرة واما لانه
لا مخلص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت
وهي بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة من غير علم فجعل كانه

قال ذلك

وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد
الزور في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي
الشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع

كتاب الرجوع عن الشهادات قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل
الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما
ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم
يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض

ولانه في الدلالة ح

قال ذلك **كتاب الرجوع عن الشهادة**

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخره عن فصل
شهادة الزور ظ اذ الرجوع عما يقتضي سبق وجود ما وهو
مما يعلم به كونها زورا او هو امر مشروع مرغوب فيه ديانة
لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم
بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بالزور
فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول
سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت
بالقضاء والقاضي ولا قضاء منهما لان القاضي لا يقضي بكلام
متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف هنا
لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه واما على المدعى
عليه فظ واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع
ورجعا عنها صار كاتميهما للشهادة ولا ضمان على من يكتمها و
ان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام
المتناقض ساقط العبرة عقلا ونقلا وشرعا فلا ينتقض به
حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز
ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس للبعض على غيره ترجيح
فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع
ولان الكلام الاخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان
كذلك تساويا واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول
باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما اتلفوا

ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما
اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وستقرره
من بعد ان شاء الله تع قال ولا يصح

قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان
وان الرجوع

بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضا القاضي وان كان
علة للتلف لكنه كان ملجأ من جهتهم فكان السبب منهم نحو ما فيضاف
الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض
وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان اجاب بقوله التناقض لا يمنع
صحة الاقرار ووعد بتقرير من بعد واكتفى بما ذكر التعزير
في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع
الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة رجوع حاكم
سواء كان هو الاول لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس
الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ
الشهادة يختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع
اقرار بضمان مال المشهود به على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة
الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق
لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع
في غير مجلس الحكم ليس رافع للحجة لان الشهادة في غير مجلس
ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها او يثبت
في ضمنه فكان من توابعه ولا يقال البينة ليست بحجة
في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء او يجوز ان لا يكون البقاء
مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول المجلس
الحاكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه
سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط
لصحته وصحة الفسخ وان الرجوع توبة والتوبة على حسب
الجناية

قوله وان الرجوع توبة اول عطف على قوله لانه فسخ للشهادة

تقرير دليل معارضة ... اقرار ... الاول ... ان الرجوع

قوله انظر في هذا الجواب

وان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء
فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينة عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو
اقام البينة انه رجع عند القاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح
واذا شهد

الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية
في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع في غير
مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك
بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهد لم يقبل القاضي
بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى
صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة
انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال قبلت بينته لان السبب
صحيح الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه
حكم عليه بالضمان لكنه لم يعطه شيئا الى الان ويجوز ان يكون
للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام
في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة
لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس
الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان هو الصحيح
وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى ح ليست مطابقة
للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتامل وان شهد
شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه
المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم
الا انه ذكرها للبيان خلاف الشافعي ولما يأتي بعدها من رجوع
بعض الشهود دون بعض وقال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما تسببا
للاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما
الضمان لانهما سببان للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب

قوله ومعناه حكم عليه اقول فعلى الاول يكون معطوفا على قوله رجع وعلى الثاني على قوله اقام البينة

قوله ومعناه لان السبب الضمان ... عند القاضي

قوله فانها قبول البينة اقول فيه بحث فان الصحيح يقبل الشهود لان الدعوى اعني دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذي هو سبب الضمان فليتامل

واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب على وجه التعدي
سبب الضمان كما في حافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رح لا يضمنان لانه لا عبرة
للتسبب عند وجود المباشرة
قلنا تعذر ايجاب

فلما تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس
عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض
المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين
قال فان رجع في

الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو
القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء
بشهادتهم لانه بالتاخير يفسق وليس بملجأ حقيقة لان الملجأ حقيقة
من خاف تلف نفسه بالعقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان
في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر
الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما
تقدم فاعتبر التسبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك
اصله المعهود عنه في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد
شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في
مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي
يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر فلما فعل المباشر
الاختياري قطع التسبب او صار شبهة كما يجيء وان الشافعي رح
جعله مباشرا لما روي عن علي رض في شاهدي السرقة اذا رجعا لو
علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل
التهديد لما ثبت من مذهبه ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة
وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رض ولو تقدمت في المتعة
لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان
الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به
دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف
والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين
ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام

الدين

قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا ابقاء من بقي لا رجوع من
رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق

الدين وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنهما قبل
الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة
بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به
عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها
المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان
الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به
عينا فات يد المشهود عليه وزال عن ملكه اذا اتصل القضاء بها
ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن
ملكه يأخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين
عن ملكه قبل القبض ينتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك
وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل
وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا
ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال واذا رجع احدهما
ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادات بقاء من بقي
لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو
فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين
يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع
واحد زال الاستواء فظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا
شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادته من
يبقى نصف الحق قيل لا نم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات
شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء

وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت

فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في الحجب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان الاستحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة التامة والاستحقاق المتلف يسقط الضمان كما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان يمنعه بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف الحق فقيل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما لان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع من ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان

فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة رجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امراتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة

فلا ضمان عليهن لان ببقاء من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادة ثمان الا مع رجل و يتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء و اذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة رح ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واذا كانت كل امراتين كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما تتم ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا فكان الاطلاق كالكلية كل وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق و ان شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان المراة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا يضمن عند الرجوع شيئا قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح وان شهدا على امراة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة

وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثلثة نسوة ثم رجعوا فعلى الرجل النصف وعليهن النصف عندهما وعنده عليهن ثلثة الاخماس وعلى الرجل خمساه ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد

قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك ان شهدا على رجل

بتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض فصار كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض بعينه وبينه بغير عوض

وان شهدا باكثر

بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف بها منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله وانما تتقوم جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج بعوض الداخل في الملك من ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتاييده و

كذلك ان شهدا على الزوج بتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان وقوله وهذا لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهذا يوجب الضمان **قال** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف

وان شهد باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض **قال** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض

وان كان باقل

وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا يرى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

قال وان

فاتصاف

وان كان قيمة المبيع ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي بازاء مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لانهما اتلفا الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل الملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة بحيث لم يفعل كان راضيا به و الرضاء يسقط الضمان لكن الحكم يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده و البائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد ومطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يوجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المراة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن

قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رح يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى

لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

قال واذا رجع

فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة لسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد الدخول لا يقبل الفسخ لكن لما تمادكل المبدل اليها ملكها من غير توقف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء يثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم يجر الوجوب كفر ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس ملجأ الى القتل وقوله بل اولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمنع من القتل ولا يعان عليه

والولي

والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشر للقتل هو الولي ولا يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تع وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حيوته ظاهرا ولقايل ان يقول ظهور ايثار حيوته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو في القصاص والثاني مسلم ولكن يعارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمه تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فينقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا ينقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري

قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الأصول وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا التسبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفرع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم بما عاينوا

ولهما أن الفرع

يقطع النسبة عن المكره لأن اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية فإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول خيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لأنه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة رح خلافا لهما فإنهما كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا عليه لإتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع لما يضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف بتضعيف العقبة الى الليث لا بتضعيف علاء الدين العالم قال وإذا رجع شهود الفرع إذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لأن الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الأصول فأما أن يقولوا لم نشهد الفرع على شهادتنا أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك فإن كان الأول فلا ضمان على محتمل الكذب والصدق على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإتلاف وهو الإشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر يحتمل الكذب والصدق فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وإن كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة رح

قال الامام شرف ... ابو حفص في كتاب ... المنهاج ... بعض مشايخنا ... لم يمكن لا ... سوى ما جعل ... الفقيه ابو الليث ... في مختلف الرواية ... لكني ...

وأبي يوسف

ولهما أن الفرع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا ولو رجع الأصول والفرع جميعا يجب الضمان عندهما على الفرع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفرع لأن القضاء وقع بشهادة الفرع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين

وإن قال شهود

وأبي يوسف رح وقال محمد رح ضمنوا لهما أن القضاء وقع بشهادة الفرع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للإتلاف وله أن الفرعين قاما مقام الأصليين في نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الأصليين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الأصول والفرع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفرع لا غير لما قررنا أن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الأصول والفرع عملا بالدليلين وذلك لأن القضاء وقع بشهادة الفرع من الوجه الذي ذكر أبو حنيفة وأبو يوسف وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره محمد رح والعمل بهما أولى من إهمال أحدهما فإن قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله والجهتان متغايرتان لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفرع على شهادة الأصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد رح في مسألتين يدل على اختيار المص قول محمد رح وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم ولا يبطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا إذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه

قوله والجهتان متغايرتان أي الفرق المراد بالجهتين ما ذكره المصنف وجهة محمد والإمامين ش

وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع

قال وإن رجع المزكون ح

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا خيرا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض

قال واذا شهد شاهدان رح

ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان بثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سببا للاتلاف لانه الزنا وما هو صفة له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال

واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهد على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها واثنان على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقي

قوله او قال ذلك لامرأته اي او قول بها انه يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وانت حرة والمراد واضح

قال الضمان

قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ رح فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول والله اعلم كتاب الوكالة رح

فالضمان عليه دون الحافر وقوله الا ترى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين فيحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه وقال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط ومتى اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ضمنوا عند بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله استحق مباشرة لا اتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي او لا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس في ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط فقوله ومعنى المسئلة مريد به صورة المسئلة وقد قدمنا في صدر البحث

كتاب الوكالة عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى التعاضد والتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء

قوله وان لم يشهد بالدخول اول فيه تامل

قوله وقد يكون فيه التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع والشراء مثلا

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره به فيكون بسبيل منه دفعا لحاجته وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام رض وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض

قال ويجوز الوكالة هي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة وهم يتحققه التنكير والسنة وهو ما روي انه عم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجمعت على جوازها من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه روي بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضاء صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه **قال** كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي عم وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عم واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في بيع الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح

بذلك جاز عند ابي حنيفة رح والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه بكون المحل شروطها كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه يتعذر بالنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم وان المحل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء العوض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع من التوكيل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بنقض واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شايع ويجوز ان يكون مناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها الا ما

وقد صح ان عليا رضه وكل عقيلا وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا بايفائها
واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس
لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف
غيبة الشاهد لان الظاهر عدم
الرجوع وبخلاف حالة الحضرة
لانتفاء هذه الشبهة وليس كل
احد يحسن الاستيفاء فلو منع
عنه ينسد باب الاستيفاء
اصلا   وهذا الذي

اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى
وجه الخصومات وقد صح ان عليا رضه وكل عقيلا في الخصومة
لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وخرف وكل عبد الله
بن جعفر واما بايفائها واستيفائها فلانه جاز ان لا يباشر بنفسه فجاز
ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها مع غيبة
الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق
فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لان في ذلك ضرب شبهة كما في كتاب
القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع
الرجال قوله وشبهة العفو ثابتة دليل على القصاص لان الحدود
لا يعفى عنه وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات وهي موجودة
لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل
قد عفى ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال
الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف ابن ابي ليلى انه يقول
خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر
عن نفسه قلنا سائر الحقوق لا يندرئ بالشبهات بخلاف غيبة
الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة
في صحة الرجوع والظاهر في صحة عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق
لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة
اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى قال فيه اذا كان الموكل
حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب
بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني نقله هداية ولان قلبه

لا يحتمل

وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة
الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون
حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها
في هذا الباب كما في الشهادة على
الشهادة وكما في الاستيفاء

لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضور الموكل استحسانا
لئلا ينعدم بابه بالنسبة اليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني
جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة
بالخصومة في جميع الحقوق وبايفائها واستيفائها واستثنى الاستيفاء
ابقاء الحدود والقصاص واستيفاء ما بقي الحدود والقصاص داخلة
في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرنا قول ابي
حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود و
القصاص باقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا
الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف رح ان التوكيل انابة
والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات
كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة
شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
والشرط المخصوص من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به
كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع هو
شبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانا نقول الشرط
لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف
الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه
يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص
وكيلا بالجواب ليدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة
المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا يرى ان الشهادة

ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه
وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة
عدم الامر
قال قال ابو حنيفة

قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او وقالا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل بتقاضي الديون

على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العقوبة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يقع استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بساير الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به **قال**

قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضاء الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح قال المص رح ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده اولا فعنده يرتد خلافا لهما فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايصالها ولابي حنيفة رح ان الانسان

وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضه وهذا شيء استحسنه المتأخرون الحمد لله ...

قال ومن شرط الوكالة

انه تصرف في خالص حقه قال ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه يتوقف على رضاء الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التنزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيتحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل والا لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امراة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المص رح وهذا شيء استحسنه المتأخرون واما في الاصل فانه لا فرق

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام

لان الوكيل

عند ابي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب
في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في
جوازها وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب والرجل

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف
ويلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا العقد وقع على قول
ابي يوسف ومحمد رح واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان
يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في
الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم الاجعل اللام
في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به و
اما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا
عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل
قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف
فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام
يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن
الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم
تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني
احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام
شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح
والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك
نقض الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام
ولا يجوز توكيله قلت هذا غلط لان وجود الشرط لا يستلزم

لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليتملكه من غيره ويشترط
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون
من اهل العبارة حتى لو كان صبيا
لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا

واذا وكل الحر

وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قوله
لان الوكيل دليل اشتراط شرط الوكالة به وذلك لان الوكيل
يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل
تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال وللقائل ان يقول
الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل
فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول
ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب
ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل
على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق
الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا
ينافيه ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان
شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه
الوكيل بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد
سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض ذلك لان
مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد اي يعقل
ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير و
الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لا يعقل والمجنون ويقصده
بان يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون
من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من
الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب
ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل

واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكليهما لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رح

صحيح ومعرفة ان ما زاد عليه ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز وبقيد جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل من له كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فهما صحيح لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او فعل المأذون ذلك بالاتفاق لا يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي فلقصور اهليته واما العبد فلحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمته العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البايع

بالثمن

٢٨٩

وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او عبد له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح

بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان الثمن لان ضمان الثمن ما يعقد الملك للضامن في المشتري وليس ههنا كذلك انما هذا التزام ما لا في ذمته مستوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان الثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون الصبي على هذا التفصيل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا له اهلية

وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والتوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل رح

وكذا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا اما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل

الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وامّا حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر او قال محمد رح في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي رح ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا لحكمه للوكيل فكان قايما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا وقال شمس الائمة قول ابي طاهر اصح وقال المص رح هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي رح فكيف يصح جوابا عنه مع التزامه قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي اصالة وتحقيق المسئلة ان التصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة بنيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته

قوله وتقريره ان اقول قوله على سبيل متعلق بقوله يقع والمعنى ان الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة فيه تامل

والجملة

والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تع قال وكل عقد

والجملة يبطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل اثبات الملك للموكل واليه اشار المص بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فبقيت الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي رح وهي ان الملك يثبت للوكيل لحقوق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك واجيب بان نفوذ الملك في العتق يقتضي ملكا مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرّة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهرا للحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم وقال الصدر الشهيد رح هذا حسن قال المص رح وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره واراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ويهذا

لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا

والضرب الثاني ح

في يده قال سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال وكل عقد يضيفه الى موكله يهذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه يتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المص رح ويهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه يعني ان السبب في يهذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظ واما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن من بنات ادم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره لشخص وثبوت حكمه لغيره ولقايل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق ويبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا بعبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتاخير بشرط الخيار ولا بغيره

لكونها

والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار اما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والتوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل ح

لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول بط لانه يبطل التوكيل وبالثاني الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبيهه للطائف الاعتبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قال والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى موكله والحقوق يرجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعير دابته او يودع متاعه او يرهنه فيقبض الوكيل وفعل ما امره به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممتنع عليه قال المصارح لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض والقبض تلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لم يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو الوكيل بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى

الا ان التوكيل بالاستياض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه

واذا طالب الموكل الخ

الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا
قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل ويتعلق الحقوق
بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة
العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه
لنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة كانت الحقوق
راجعة الى الموكل للاضافة **قال** الا ان التوكيل بالاستياض
باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة
وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معادل الآراء
فان ظهر لك فاحمد الله وان سبح ذهنك بخلافه فلا ملومة
فان محمد المعقل دعوى التوكيل بالاستياض لا يصح لانه امر
بالتصرف في مال الغير فانه لا يجوز ورد بان التوكيل بالشراء
فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو
الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله
في الاستياض البدل في ذمة الموكل اجيب بان ذلك يجعل ايفاء
العوض لا الاستياض واورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة
فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس فيه
على المستفيد او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب
ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة
لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه
يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة

الموكل

واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق
تعود الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن
المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان الخ

الموكل مقام نفسه في ذلك **قال** قيل فليكن في الاستياض
كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة
ونحوها ضرورة صحة العقد خلوا عن بدل يلزم في الذمة
اذ لم يكن فيها بدل فلو اعتبرناها محلا له في الاستياض وفيه
بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف
في شخص واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب
بخلاف الرسالة فانها تصح في الاستياض قال في الايضاح
التوكيل بالاستياض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استوض
للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك
فلان ويستوض منك فحينئذ يثبت الملك للمستوض يعني
المرسل **قال** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن
اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه
اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان حقوق العقد
ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح و
ان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم تجز مطالبة الموكل
الا باذنه وجمع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح
ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانيا لان نفس الثمن
حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم
في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض
الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه
بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول

وكذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رح لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله
ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه
لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليهما
دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان
المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرآن جميعا
بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل
دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا
فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع
بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا
ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل
عند ابي حنيفة ومحمد رح ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا
بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له
ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق
الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو
كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا يضمن الوكيل و
الجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه وان الابراء من
الوكيل هو ذلك فاذا ابرأ اسقط حق القبض وليس
للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد
على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق
الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء
من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف رح فقال الثمن

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء ومن وكل رجلا بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة

ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه
والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن
القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقط وليس للموكل قبضه
سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا انفا قيل كان الواجب ان
لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب المقاصة لان الغرض للموكل
وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا منتقدما
ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين
الوكيل فلا مانع من الجواز باب الوكالة بالبيع والشراء
فصل في الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا
وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء
لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة
بعد الاثبات قال ومن وكل رجلا بشراء شئ اذا وكل
رجلا بشراء شئ بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه و
صفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس و
النوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس
عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب
ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين
بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو
النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا
بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف
فمن وكل رجلا بشراء شئ فاما ان يكون معينا او لا والاول

الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا
والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو
في معنى الاجناس لا يصح التوكيل
وان بين الثمن لان بذلك

لا حاجة فيه الى ذكر شئ والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه
ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ
ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمس مائة درهم ليصير الفعل الموكل به
معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف والثمن
غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن من الاتيان بما امر به واعترض على
قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم
وهو الشرى والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم
ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع
لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل
العام مثل ان يقول ابتع لي ما رايت فانه فوض الامر الى
رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الامر والاصل
ان الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا
والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس
البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع
وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه
الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه
استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو
اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك
خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز
ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به
بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به

لان بذلك الثمن المشتري يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان
جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر
النوع تقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال
مسالة اذا وكل ح
كالجارية والعبد
للجهالة

٢٩٣

مسالة اذا وكل بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي و
السندي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم يبين
الصفة يعني الجودة والرداءة والوسط جاز لانها جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة
في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن
قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او
دارا فالوكالة باطلة للجهالة
الفاحشة فان الدابة في حقيقة
اللغة اسم لما يدب على وجه
الارض وفي العرف يطلق على
الخيل والحمار والبغل فقد جمع
اجناسا وكذا الثوب ح

لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس
مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين
الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره
بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع
ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا
قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
بين الثمن او لم يبين للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة
اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل و
البغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه
يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح
تسميته مهرا وكذا الدار تشمل على ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان
بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش
الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها
بذكر الوصف والثمن اي الجودة الوصف والثمن واذا
قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشمل انواعا
فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد
في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا
او بغلا صحت لان بذكر النوع يقل الجهالة وكذا اذا قال
عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن

وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار
يشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق
والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال وان سمى الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه
نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمار ونحوه
ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ح

قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس
ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان
ان العرف املك وهو على ما ذكرناه متى وجد بالبيع والشرى ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل
ان كثرت الدراهم فهو على الحنطة
وان قلت فهو على الخبز وان
كانت فيما بين ذلك فعلى
الدقيق قال واذا اشترى

يصير النوع معلوما عادة فلا يمنع الامتثال وتبين من هذا
انه اذا ذكر النوع او الثمن ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة
وان لم يذكر الصفة اى الجودة والرداءة و البساطة وفائدة
ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظ على اجناس مختلفة
كما اشرنا اليه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال
اشتر لي بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها
طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع
على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما
اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك
اى اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء
الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف اهل
الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام
اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ
ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام
كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه
وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز
وان كانت بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على
ان ما ذكره اولا مطلق اى سواء كانت الدراهم قليلة او كثيرة
اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا
الثاني المعبر عنه بلفظ قيل يخالف للاول وهو قول الفقيه
ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول يخالفه للاول

قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه
من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة
ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى
كالشفيع وغيره قبل التسليم
الى الموكل لا بعده قال ويجوز

بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله
فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان
يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان
ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول في
تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل
مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها
يعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه
الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة و
دفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع
على الوكالة للعلم بان المراد ذلك قال واذا اشترى الوكيل
ثم اطلع على عيب واذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه
ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى بيده او دفعه
الى الموكل فان كان الاول جاز ان يرده الى البائع بغير
اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها
اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة
ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه
ولهذا اى ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي
في المشترى دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم
الى الموكل قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل
مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به

قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا لحاجته على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل ببيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز
قال فارق الوكيل الخ

على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان التوكيل ببيع طعام في ذمته على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون ايضا كذلك المسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان البدل في ذمة شخص واخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزمه البدل في ذمته فان قيل ما جعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور انفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك له فاذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا وقع في ذلك بيع ان يضيف العقد الى نفسه او الى الامر لا طلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض راس بدل الصرف وراس مال المسلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا تتعلق به

قال فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا تعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح

كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح والا لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وهو مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت اماراتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص باصل وجوده يدل

قال واذا دفع الوكيل بالشرى الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرده بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق الخ

ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل
حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده
وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل
وقال زفر رح

على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه
علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له
المشتري من جهته يرجع عليه قوله ولان الحقوق دليل آخر
وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل
والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع
الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع بقبض المبيع
وكان راضيا بذلك امرا به دلالة وبهلاك المبيع في يد الموكل الوكيل
قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس
صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك
في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وللبايع حبس المبيع
لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع
الثمن الى البايع اولا وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار
قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلم اليه والحبس في المسلم غير
متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان يقال التسليم الاختياري
يسقط حق الحبس لان المعادلة تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس
كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى
الحبس مالم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا
فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض الوكيل في الابتداء
متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه
وانما يتبين احدهما بحبسه عنه فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء

قوله ذكره وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة الحقوق الا الاخير ابد بل الاذن بالامر الاول ... اقر به

قوله والحبس في المسلم غير متصور لقوله يعني غير متصور شرعا ذكره لان المعادلة تقتضي الرضا والموكل فيه تام

قوله ولنا في ذلك طريقان ... الجواب يمنع قوله لان الموكل صار قابضا بيده كما ان الاول جواب بعد تسليم

وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس
قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه
قال

قال فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة
وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البايع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن
فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع

ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان
عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه
فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح يعتبر الاقل
من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة
المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد
وهو قول ابي حنيفة رح يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان
الغصب عند زفر رح يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت ولا
يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل
ان كانت قيمته اكثر لان زفر يقول منع حقه بغير حق لما ذكرنا
ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا
ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رح ان الوكيل بمنزلة البايع من
الموكل كما تقدم والبايع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا
حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان
كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البايع
وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تحقق انه بالقبض كان
عاملا لنفسه فيتقوى جهة كونه بايعا فلزم الضمان واما اذا لم
يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده
امانة ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان
لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا
بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان
المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله

قوله ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر اقول في كلف شرح الوقاية لصدر الشريعة قوله الا ان كان بالعكس فقيمته زفر يقضي عشرة فيعطي من الموكل انتهى اراد بقوله بالعكس ان يكون القيمة خمسة عشر والثمن عشرة الخ

بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد فلم ينفسخ في حق الموكل والوكيل
كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به **قال** واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف

وقوله بخلاف المبيع لنفي قولهما يعني ان المشتري ليس كالمبيع
بيانها لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل البيع
يعني الذي بين الوكيل وبايعه واجاب المحشي بقوله فلم ينفسخ
في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البايع ومثله لا يمتنع
كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم
الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة
على ابي يوسف لانه فرق بين هلاك المبيع قبل العتق في يد البايع
وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع
وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الموكل والوكيل بالرد بالعيب
لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج
الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض
ان الوكيل بايع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بايع ليس
بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت
حق التامل وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة
وذلك لان البايع من الوكيل بمنزلة بايع البايع واذا انفسخ العقد
بين المشتري وبايعه لا يلزم منه الفسخ بين البايع وبايعه
فكان ذكره احدهما **قال** واذا وكله بشراء عشرة
ارطال لحم بدرهم وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم
يباع منه عشرة ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرين رطلا بدرهم
فان كان الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة

وقالا

لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين
فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره
بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل
بخلاف ما

وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد
مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة
المبسوط في اخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم
الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور لابي يوسف
ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره
عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء ظنه خلاف
الواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما اذا زاد خيرا وصار
كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره
بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فظنه ان ذلك
المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به فينفذ
شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتى بالمامور به
وفيه بحث من وجهين الاول يجب ان لا يلزم الآمر شيء
من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله
بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة رح كما
اذا قال لرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة
لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به
فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له والثاني انه اذا امره ان يشتري
له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد
منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في واحد
منهما يعني لا يلزم الآمر شيء منهما والمسئلة كالمسئلة هذه والقدة
بالقدة واجاب عن الاول الامام حميد الامام الدين بان في مسئلة

بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لان الامر تناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ولو وكله

الطلاق وقوع الواحد ضمني كما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه
وما تضمنه لم يصح لعدم الاهلية فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل
قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمني في الشراء
وعند الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت
في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وح
كان الوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة يشاء بخلاف الثوب فانه
من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك
بالحزر والظن وذلك لا يتبين حق الموكل فيثبت صفة مجهولا فلا
ينفذ عليه والى هذا اشار في القيمة فقال اني لا ادري ايهما
اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن
وهذا لا ينبغي الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب
المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل اخر ولعل ذلك ان يقال
اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من
جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط
بعضه ببعض بخلاف الثوب فان تطرق الخلل في احتمال التساوي
كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة ورقة اجلى لكونه
حاصلا بصنع العباد وهو محل السهو والنسيان فلزم تحمله من
تحمل ما هو اقل خللا قوله بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل
ابي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين
بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بان الدرهم
ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما والجواب

ان الزيادة

ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث
اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى
فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى
الثاني وهو غايب ثبت الملك
للوكيل الاول في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه
ولو اشترى

ان الزيادة ثمة مبدل ملك [illegible] الى الوقف ظاهرا والحاصل
ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واصل
ذلك ان الالف الزايد لا يفيد بطول الملك بخلاف اللحم ويجوز
صرفها الى حاجة اخرى باجره وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف
وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة
لان الامر يتناول السمين والمشترى مهزول فلا يحصل مقصود
الامر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه ولو وكله بشراء شيء
بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه
اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة
وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح
بدون علم صاحبه كساير العقود فان اشتراه لنفسه والموكل
غايب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان
ما يحصل به المخالفة فاذا سمي الثمن فاشترى بخلاف جنسه او لم
يسم فاشترى بغير النقود او وكل رجلا بشرائه فاشترى و
هو غايب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الآمر
فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فقط وكذا اذا اشترى
بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا
اذا وكل وكيلا لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فقال
عنيته قبل الوقف بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها
اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور فانه يقع على الوكيل لا على
الموكل به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل

ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا

وان وكله بشراء ح

والموجود منه ليس يضاف اليه حيث انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس يضاف الا الموكل لا الى انه فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل ان يشتري بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينعقد على الموكل لانه اذا حضر رأيه لم يكن مخالفا قيل الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول والرواية في الذخيرة والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذا النوادر مال الى الرأي فجعلناها مجازا الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيها الى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور بحضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل وقوله

وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال العبد الضعيف رح هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

وان اصابه ح

هذا المحتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المص رح وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره منكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا الى ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهو له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن كان من ماله نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك كما مر في حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف رح يحكم النقد لان ما وقع مطلقا

وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت

وعند ابي يوسف ح

وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لانه ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي
المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للامر وفيما قلناه
حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه

ومن امر رجلا

يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين
نقد تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما يحتمل انه كان نوى
للآمر وفيه خلاف وفيما قلنا يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح
لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا في حالة
التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال
الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان
نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم
الوكيل كان له وان نواه للموكل لا يعتبر بالنقد وخلافه فيما اذا
تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل
او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو
مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او ينتزيه بمال
الموكل على الاضافة اولى ولهذا احال المص وهو المراد عندي
بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا تفيد
شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول
ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها
على ما يجيء من انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو هلك قبل
الشراء به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها
من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه
وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا
لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا
انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما

الخلاف

ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول
قول الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه
وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو منكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن
عهدة الامانة فيقبل قوله

ولو كان العبد حيا

الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح في مسئلة التوكيل بالاسلام
وهذا القايل فرق بينها مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف
بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد في فيبطل
السلم فاذا جعل من له العقد مستبانا بالنقد وليس الشراء كذلك
فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال ومن امر رجلا بشراء
بشراء عبد بالف ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد معين او غيره
والاول سيجيء والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا و
على كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان
كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للامر لان المامور اخبر عما لا يملك
استينافه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع
على الامر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت
وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة
الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه
معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وهو راجع الى ما
في حكما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد
الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا
وكان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه كان يملك استيناف الشراء
لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء
للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان له تمليك استيناف الشراء

ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح
القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما

بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا الا انه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هاهنا
وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه يخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء
بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل
ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر
بخلاف غير المعين على ما ذكرنا
لابي حنيفة رح ومن قال بع

دا يرفع التصور تحم
لا يرفع التصور ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ثم يشتريه
للموكل وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف ما
اذا كان الثمن منقودا الا انه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي
للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده اي هاهنا يعني فيما نحن فيه
حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة
وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول
للمأمور سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه
يملك استينافه واما عند ابي حنيفة رح فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل
بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة
الموكل على ما مر ان الشراء بما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه و
هو لا يملك حال غيبته بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان
فيه التهمة المذكورة من جانب ابي حنيفة رح وان كان العبد ميتا
والثمن منقودا فالقول للمأمور فانه امين يريد الخروج عن عهدة
الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك
استينافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله
قال ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان رجل قال لآخر
بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان
ابى ان يكون امره بذلك فان لفلان ان يأخذه لان قوله السابق
يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء لا يبطل
بالانكار اللاحق فلا ينقضه الانكار اللاحق فان قيل لفلان ليس
[illegible]

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه لان
قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق
فان قال فلان لم

فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار ارتد برده الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا
وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له
ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق
في النفيس والخسيس لاستتمام
التراضي وهو المعتبر في الباب
ومن امر رجلا

بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفيع كالاجنبي طلب تسليم
الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك
فكذا هاهنا لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي
قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال
فلان لم آمره اي لم يصدقه ان يأخذه لم يكن له ان يأخذه لان الاقرار
ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له
العبد المشترى لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم
فلان العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء
على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي
على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي
كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلم المشتري لاجله ودلت
المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يكن
يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود
التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال ومن امر رجلا
ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين
باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل
مطلق ثم قيد شراءهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع
بينهما في الشراء الا فيما لا يتغابن استثناء من قوله جاز الشراء
احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء
وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع
فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما

ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما الثمن فاشترى احدهما جاز لان التوكيل
مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا
كله بالاجماع
ولو امره بع

ولو امره ان يشتري بهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة اذا اشتري احدهما بخمسمائة
او اقل جاز وان اشتري بالاكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين
دلالة فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير و
بالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما

استحسانا لان شراء الاول قايم
وقد حصل غرضه المصرح به وهو
تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام
الا دلالة والصريح يفوقها ح

بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشتري احدهما بخمسمائة
او اقل جاز وان اشتري بالاكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما و
قيمتهما سواء وكل ما كان كذلك ينقسم بينهما نصفين لوقوع الامر دلالة
فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت
او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما
استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشتري احدهما بازيد من
خمسمائة وان قلت الزيادة او اشتري الباقي بما بقي من الالف قبل
الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول
قايم فاذا اشتري الباقي فقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
بالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء
الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رح
ان اشتري احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه
وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل
وان حصل مطلقا لكنه متقيد بالتعارف وهو فيما يتغابن
فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي
لتحصيل غرض الامر به قال ومن قال له على اخ الف و
من له على اخ الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح
على الامر ولزمه قبضه او مات قبله عند المامور لان في تعيين
المبيع البايع تعيين البايع ولو عين البايع جاز كما سنذكره
فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه

وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشتري احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي
من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا
ولكن لا بد ان يبقي من الالف باقية ليشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الامر ومن له على اخ
الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين
البايع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تع

وان امره ان ح

فاشتراه

قال العلامة شراء الاول قايم اقول في الكافي ... الشراء لا يتوقف ... العبدين ... فيكون من قبيل التبعيض

ولان التوكيل حصل مطلقا لكنه بالمتعارف اقول ... قصورا

لان ح
لا يجوز الا في تعيين المبيع البايع بيان

وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الامر
مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد
هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه

لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في المعاوضات دينا كانت او عينا
الا يرى لو تبايعا عينا بدين ثم
تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد
فصار الاطلاق والتقييد فيه
سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر
لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رح

فاشتراه قال فقبضه الامر فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل
قبل ان يقبضه الامر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة رح وقالا
هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر من
عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه قال عنى السلم
اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف
وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز
لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في المعاوضات دينا كان او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم
تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق
والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده
وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولابي حنيفة رح
انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين
منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت
الوكالة ونقل الناطفي عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض
الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشتري بدنانير غيرها ثم نقد دنانير ح
الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان
تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في
في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل
على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية
هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات
ايضا بالاجماع الا انه ذكر في الذخيرة وقال محمد رح في الزيادات رجل

ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها
ثم استهلك او اسقط بطلت الوكالة

عينا ح

بالتعيين ح

قوله وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم اقول فيه تامل

الا ان الوكيل واما قبل التسليم ح

قال ح
لانه ح

واذا تعين ح

قال لغيره اشترلي بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشرى والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا يتعين ثم قال وفايدة النقد والتسليم على قول العامة توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم بالتعيين بالتعيين لان المراد به هو التوقف ببقاءها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقايل ان يقول ففي هذا الكلام المص نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة بمائتين سنة والجواب ان المص لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعد التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كلام الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا في شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلك الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص رح بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه

بعض

واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بدون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك بطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف

يعني الدراهم فيتقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بها قوله واذا تعينت هو تتمة الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من اخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا بصرف اي بدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البايع او الى رب الدين لا يملكه الداين قبل القبض فالامر بدفع ما ليس يملكه باطل وصار كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الا من يختاره المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا عين البايع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البايع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البايع او المسلم اليه وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك غير من عليه ولا امرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على اخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه مقتضيا واجيب بان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله وبخلاف جواب عن قياسها على الامر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظ وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث

وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه لانعقاد البيع تعاطيا

وصح دفع الاخر

ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة
وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه
امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر
فان كانت تساوي خمسمائة فالقول للامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة
والامر يتناول ما يساوي الفا فيضمن   والله اعلم ح

قال المص لانه امين فيه اقول لم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح منه

يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم
بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من
ماله لكن اذا قبضه الامر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك
عنده كان من ماله قال ومن دفع الى آخر الفا رجل دفع الى آخر
الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها
بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده
اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر والقول
قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للامر
لان الوكيل خالف الامر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة
والامر يتناول ما تساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه
واختلفا فالقول للامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة
على الشراء وان كان قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للامر انهما
يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير
ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الامر سواء
قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف
كان موافقا للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك
يلزم الامر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل نزلا منزلة
البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف
في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما
ويلزم الجارية المامور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن

وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة
وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع
والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم
الجارية المامور   ولو امره ح

ومن امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته بخمسمائة
وقال المامور بالف وصدق البائع المامور فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف
ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب
فاعتبر الاختلاف   وقيل ح

فوقع الاختلاف اعتبر المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه
المخالفة والمبادلة فكان الحكم في ذلك والجواب ان في الاول
سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت
فيه بخلاف الثاني قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد
واذا امره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع
الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع
يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني لان تصديق
البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو
انشاه لزم الامر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع
ثمه غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا
فان قيل المذكور فيه انه يتحالفان فالقول قول المامور مع
يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمدا ان
معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل
مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو
الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص
بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر
اولى قوله والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع
الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله
اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف
قال المص وهذا قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر وقال في الكافي
وهو الصحيح فصل في التوكيل بشراء نفس العبد لما كان شراء العبد

وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد
استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه
فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور رحمه الله تع وهو اظهر   فصل في التوكيل ح

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان ح

نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسألة الأولى وأن يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المص يتناولهما بجعل الألف واللام بدلا من المضاف إليه وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجل قال وإذا قال العبد لرجل وإذا وكل العبد رجلا بأن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم ودفعها إليه ح فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يبينه فإن عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى أما أنه حر فلأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه وأما أن الولاء للمولى فإنه إذا كان إعتاقا أعقب الولاء للمعتق وإن لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن إذا لم يبين فيحفظ اللفظ على الحقيقة فإن قيل لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي

وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها فيحفظ عليها بخلاف شراء العبد ح

بخلاف

بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقد من هناك على نمط واحد وفي الثاني المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضات المحضة فلا بد من البيان ومن قال ح

بخلاف شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعذرت ثم فتعين المجاز وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف أخرى ثمنا للعبد فإنه أي الثمن في ذمة المشتري لأن الأداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظ فيما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى أعتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الإمام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما إذا بين الوكيل للموكل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المص ما يشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني أن يوكل أجنبي أجنبيا يشتري العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لأن العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين أي حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان أما ههنا فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير والمولى عساه لا يرضاه أي لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه ح وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المص عسى بكاد

الجنايات

ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد

ما يشتمل استقلاله وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع ووجه الثاني ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هاهنا ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل قال

ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد او العبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بشراء شيء من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهو بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه قال قلت

قال المص الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع اقول قال الزيلعي لكونه فانا لنفسه مجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه او لغيره انتهى وفي الكافي والمبيع اذا كان في يد الوكيل بالشراء فاحتاج الى تجديد الشراء ان كان المبيع والمشتري بحضرته فلا يكون ضامنا كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه او لغيره ...

فاذا اضافه الى الآمر فصلح فعله امتثالا فيقع العقد للامر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشرى معاني ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل

وكذا لو قال ح

الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري مجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الامر سنح الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكل بشيء وفعله وقوله ففعل فهو للامر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع الصغير فان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا

قوله اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي ... اقول ... الاحتراز ... الحبس الوكيل والموكل ... بخلاف الحبس

قوله فكان الامر بالعكس اقول اي يكون كذلك لو كان قبض الموكل امرا حسيا لا مرد له

وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فلابد من البيان لاختلاف التصرف فيه

فصل في البيع

اذا اشترى لنفسه كما ياتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بان الجزال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان الشراء تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن فان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل لشراء شئ بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف اخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمه قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث

الاضافة

فصل في الوكالة بالبيع والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد

الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ والله اعلم

فصل في الوكالة بالبيع لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمه فهو وجه تاخير البيع قال الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رح بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه وعبارته تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولابد من تقدير الاحوال الدلايل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جايز بلا خلاف وعكسه غير جايز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما بمثل القيمة عندهما جايز باتفاق الروايات غير جايز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جايز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون اخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف

بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب
وينقلب حقيقة بالعجز ولـه ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات وهذا من مواضع
التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والاجارة و
الصرف على هذا الخلاف

قال المحشي ولان المنافع بينهم متصلة اقول هذا الدليل لا يجري في الاجنبي تم

والتوكيل بالبيع ح

لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان يكون من حيث
ايثار العين او المالية وليس بشيء منهما بموجود اما الاول فلان
الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطئ جاريته نفسه
ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية مشتركة
ولما حل له وطيها ولا يحل له وطئ جارية ابيه والمنافع منقطعة
فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني
فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى
المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز
من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان
ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد
اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا
مسلما مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي
لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى
حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده
فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول
بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل يطلق لكن مواضع التهمة مستثناة
من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة
وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع
بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة
ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب
ممن هو لا تقبل الشهادة له اذا ظهر الربح او لم يظهر مع انه قبل ظهوره

والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه
بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف
لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود

قال المحشي فتتقيد بمواقعها اقول فيه بحث تم

ولهذا ح

حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد
يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا
صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هولاء نظرا الى جهة
استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما
بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط
بشروط عري عنها غيره فكان مما يتوهم عدم جوازهما مع هولاء
فتبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال و
التوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل
بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وبعرض عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد
بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء جمد
بشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية
بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك
في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع
من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من
الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع
من وجه شراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة
من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك
شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف

ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش
بيع من وجه هبة من وجه حتى لا يملكه الاب والوصي وكذلك المقايضة بيع من وجه شراء
من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع

وله ان التوكيل ح

ولكن ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة
على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان رح

اي البيع بالغبن او العين

اما الكافي لابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع
مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول
كلما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن تنزل في الجواب
يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن
او بالعين اي العوض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن
لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك
لا يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا
لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه
الخصم فيندفع نزاعه او تندفع مكابرته والمسائل المذكورة
مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة رح
فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع من كل وجه حتى
ان من حلف ان لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين
فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك و
اعترض بانه لا يلزم من مجرد ان العرف في اليمين في نوع جريانه
في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل
لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل
لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل
بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع
فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد
اختلف فيهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالعين فلا
يخرج عن كونه بيعا *احلف مال* صفقة فهو في اما صفقة فظ والمرفا فيها ان بيع

قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه اقول من قوله يتقيد بمواقعها

البيع بغبن فاحش

غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه و
المقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما *والوكيل* رح

ملكه
رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملك
الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه
وحمانه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين
سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا
نظر فيه وانا لا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه
بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما
وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما
تقدم في اول البيوع وكلما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه
وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن
اخراج ملكه *بعوض* كلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان
على عقد شرعي يرد على مجموع ما ليس باعتبارين يتعلق بكل منهما
باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري و
الوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان شراء
من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء
بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة
الا اذا كان ما يقابله من العوض مثله في القيمة او باقل منه يسيرا
كما روى الحسن عن ابي حنيفة رح وذلك لان الموكل اطلق في
توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع
بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالشراء فانه لا يجوز له ان يبيع
بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك
بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة تجد

قوله ان كلامنا في الامر المطلق الخ اقول في ملكه الجواب للسؤال الخ بملاحظة السؤال و

منوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه

بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما اذا رجح ابو حنيفة رح جانب البيع وما قيل اذا كان الخ

والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد

المقصود لتخفيفه إن شاء الله تعالى **قال** والوكيل بالشراء يجوز عقده أي الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه أو قد وجده خاسرا ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه وبه أراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضا وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابلته مما يتغابن فيه قال شيخ الإسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فأما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فإن الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة كالفلس مثلا لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الخط وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده فإذا كان الغبن

والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف

وإذا وكله ببيع عبده

وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة إلى الامتثال وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما

إلا أن هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وإن زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الأخير قليل وفي الأوسط متوسط و عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترم فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لأجله فقد استباح به في الممالكة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا أو النصف من نصفه فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم **قال** وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على إطلاقه واستوضح بقوله ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما قال وإذا وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل اتفاقا في التوكيل بالبيع والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن التهمة في الشراء متحققة

وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق

وإن وكله

قال المحشي لأن بيع النصف الآخر قبل أن يختصما ...

قوله فإذا باع النصف به أولى ... أنه باع النصف فإنه يجوز أن يبيع النصف ...

والنوع لابي حنيفة رحمه الله في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وان الامر في البيع يصادف ملكه
فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد
والاطلاق ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه
بعيب لا يحدث مثله بقضاء
القاضي ببينة او باباء يمين او
باقرار فانه يرده على الامر لان
القاضي تيقن بحدوث العيب
في يد البائع فلم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج

على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى اخره ووفق اي ان الامر في
البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد
كله او نصفه واما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلا يصح فلا
يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي اطلاق الامر وتقييده فيعتبر فيه
الوفق ان يشتري العبد جملة ولقائل ان يقول هذا التعليل
يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لانه امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك
ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي عليه السلام وكله بشراء
الاضحية فاذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة
الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر
الامكان ولو عملنا باطلاقه لكان ذلك ابطالا للقياس والوفق
من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى قال ومن امر رجلا
ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن
او لم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك
بقضاء القاضي او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب
يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا
والقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان الاول لا يحتاج الى الحجة
من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب
في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج
للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها للقضاء بل لانه اذا لم يعاين
البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون

العيب

وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع
فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول
الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب
ظ لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على
الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد و
خصومة وكذلك ان رده عليه
بعيب يحدث مثله ببينة او
باباء يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد
العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته
المبيع فلزم الامر وان كان ح

العيب ظاهرا كان او في الوجه والمرض الدق فيحتاج الى النساء
او الاطباء ثم توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء و
الطبيب فيحتاج الى الحجة وفي ما بين الصور يتعين الرد على الوكيل
رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ
لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على
الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او باباء يمين
فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فتتعدى والوكيل
في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع
فلزم الامر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة
وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض
عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه
ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي
غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم
ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء
مع الاقرار فيسقط ما قاله في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا
حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما
ان يكون العيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان الرد
باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم امره وعبر عنه بالبائع
لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من
جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ
واسترد برضاه من غير قضاء والبائع اي الموكل ثالثهما

وان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت
او النكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء
والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما و
الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم

ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية
لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل
الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال

ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي
بنقد فبعته بنسيئة وقال
المأمور امرتني ببيعه ولم تقل
شيئا فالقول قول الآمر لان
الامر يستفاد من جهته و
لا دلالة على الاطلاق

وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية ببوع
الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان
دفع الامر اليه فانهما لو دفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الامر
رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل
وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمأمور ان يخاصم لما ذكرنا
انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لان النكول
لعدم تاتيها لدى عدم القضاء قال ومن قال لآخر امرتك ببيع
عبدي بنقد اذا اختلف الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده
فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور
بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد
من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر
الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد
الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانهما
لو تقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك
بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف
دعواه من الاطلاق ولو اختلف في ذلك المضارب ورب المال
في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز وقال
المضارب دفعته الي مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب
لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد
ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه
يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة

بخلاف

وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة
العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق
بخلاف

بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول
لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع
ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف و
الوجه قد تقدم قال ومن امر
رجلا ببيع عبده فباعه واخذ
بالثمن رهنا فضاع
في يده او اخذ به كفيلا فتوى
المال عليه فلا ضمان عليه لان
الوكيل اصيل في الحقوق وقبض
الثمن منها والكفالة توثق به و
الارتهان وثيقة لجانب
الاستيفاء فيملكهما
بخلاف

بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في
نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما
فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر انفا ثم مطلق الامر
بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اجل كان متعارفا عند التجار
في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع بالغبن الفاحش عند
ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين
قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض عنده خلافا لهما قال ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى
المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان
التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي
على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل
التوى فيها هو ان ياخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة
الاصيل فيحكم بما يراه ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه
ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة
توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن
وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض
الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف
بنيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين
دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة
ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض فصل وجه تاخير

بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ
الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه
فصل

فصل وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا
في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل
وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري إلا أن يوكلهما
بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر
للإفضاء إلى الشغب في مجلس
القضاء والرأي يحتاج إليه
سابقا لتقويم الخصومة أو بطلاق

وكالة الاثنين ثم وكالة الواحد ظ طبعا ووضعا وإذا وكل وكيلين
فإن كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف لأنه
رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وإن
كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لأحدهما أن يتصرف
فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن يلزمهما الأحكام أو أحدهما
صبيا أو عبدا محجورا إن كان التصرف مما يحتاج فيه إلى الرأي
كالبيع والخلع وغير ذلك إذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع كذا
لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو مات أحدهما أو ذهب
عقله ليس للآخر أن يتصرف قوله والبدل وإن كان مقدرا
جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده
فيجوز أن يتصرف أحدهما ووجه ذلك أن البدل وإن كان
مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فإذا اجتمعا
احتمل أن يزيد الثمن ويختار من هو أوفى أداء للثمن وقوله
إلا أن يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لأحدهما أن
يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني أن أحد الوكيلين لا
يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأي إلا في الخصومة
فإن تكلمهما فيها ليس بشرط لأن اجتماعهما عليها متعذر للإفضاء
إلى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج إليه سابقا
إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه
لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه
ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا

عليها

أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة أو قضاء دين عليه
لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء و
هذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما
ألا يرى أنه تمليك مقتصر على
المجلس ولأنه علق الطلاق
بفعلهما فاعتبره بدخولهما
وليس للوكيل

عليها فيكتفي بذلك وقوله أو بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده
معطوف على المستثنى فإذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض
فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد
وكذا إذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لأن هذه
الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى و
الواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما
بغير إذن صاحبه ضمن لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن
وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع فإذا قبض أحدهما
كان قابضا بغير إذن المالك فيضمن الكل لأنه مأمور بقبض
النصف إذا كان مع صاحبه وأما منفردا فغير مأمور بقبض شيء
منه قوله وهذا أي جواز انفراد أحدهما بخلاف ما إذا قال لهما
طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما
ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس كما مر وإذا كان تمليكا صار
التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر
قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على نصف تطليقة وأجيب بأن فيه
إبطال حق الآخر فإن قيل الإبطال ضمني فلا يعتبر أجيب بأنه
لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله ولأنه
متعلق بقوله طلقاها إن شئتما فإن الطلاق فيه معلق بفعلهما
وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فإن
بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا هنا فإن قيل ففي قوله
طلقاها أيضا معلق بفعلهما ويقع بإيقاع أحدهما أجيب بالمنع

قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الاراء الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي

قال ووكل بدرهم

فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئت فان قيل ما جعله مثل قوله امرهما بايديكما مفوض الى رايهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتة في الاراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الاراء مدرك بيقين والاجماع التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رايا من الاول والرضا برأي الوكيل الاول ورد توكيله بناقض لان الوكيل الثاني لم يكن اقوى رايا من الاول او قويا في الرأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برايه خلا لاستعمال ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بتسلط الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف فقبول توكيله مناقض لظنه فلا يجوز حوله الا ان ياذن له استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فقد رضي برايه غيره اذ اطلق التفويض الى رايه وذلك يدل على مساواته مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك

قال وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور راي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه والاعهدة

الا في ما ذكر بقوله فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد رح قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع اخر منه وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لم يصح لعدم الاذن به فصار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا اخذ وكيل البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرناه وتوجبه كونه فضوليا

وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن

لانه لما فوض اليهما تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل عند حضوره ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضى لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من يكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني لا وكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه بحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المص وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل

وكيلين

ورضي لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني فقال شيخ الاسلام ... فيه نظر اذ ...

واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف رح

وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من المبايعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في الوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا ابالي بنيابة الاخر عنه في مجرد العبارة قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او الشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التأويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تع ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى القدرة والشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليها قال ابو

قوله فبعد ذلك لا ابالي بنيابة الاخر عنه في مجرد العبارة اقول اختيار المشتري ايضا من معظمات امور التجارة ... ان يكون ... الوكيل الا ... بمجرد العبارة

قال ابو يوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربى كذلك لان الحربى ابعد من الذمى
فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه فى ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على
ولده ومال ولده بالاجماع لانه ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة ثم تستقر
جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فتبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح
والله اعلم بالصواب

ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا مات على ردته والحربى كذلك
لان الحربى ابعد من الذمى وان كان مستأمنا لان الذمى
صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد يحقق منه ما هو خليفة
فى الاسلام دون الحربى فاذا سلبت ولاية الذمى فاولى
واما المرتد فتصرفه فى ماله وان كان نافذا عندهما لكنه
موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا
لانها ولاية نظرية وذلك اى الولاية النظرية بالدليل المذكور
او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة
لكونها معدومة فى الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه
فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده
وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت ولما كان ابو يوسف
ومحمد تركا اصلهما فى نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر
بقوله قال ابو يوسف ومحمد رح وان كان الحكم فى المسئلة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة
بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع
باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته وذلك فى الاغلب
يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا
فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور قال الوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض اى بقبض الدين والعين خلافا لزفر رح هو
يقول رضى بالخصومة ولم يرض بالقبض لان الخصومة
قول تستعمل فى اظهار الحق والقبض فعل حسى ولنا ان الوكيل

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض
خلافا لزفر رح هو يقول رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا انه

ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤه بالقبض والفتوى اليوم
على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره
الوكيل بالتقاضى يملك القبض على اصل الرواية لانه فى معناه وضعا الا ان العرف بخلافه
وهو قاض على الوضع والفتوى
على ان لا يملك قال كما وكيلين بالخصومة
لا يقبضان الا معا لانه رضى بامانتهما
لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن
بخلاف الخصومة على ما مر
والوكيل بقبض الدين

ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة
والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر
الاثبات بعارض من موت القاضى او غيره والمطل والافلاس
وما لم يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول
زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت
نصا ولا دلالة اما نصا فظ واما دلالة فلان الانسان قد
يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى
الصدر الشهيد رح وفيه نظر فان الدلالة قد وقفت بما ذكرنا
ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل
التوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه فى
معناه وضعا يقال تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى
واقتضيت منه حقى اى اخذته الا ان العرف بخلافه لان
الناس يفهمون من التقاضى المطالبة لا القبض والعرف
قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف
وهى اولى منه عند ابى حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه
لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام فى ان الفتوى على اصل
الرواية او على العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف
على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان
الا معا لانه رضى بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض
ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر وانه يفضى
الى الشغب فى مجلس القضاء وهو يذهب بمهابته قال والوكيل

والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على
استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض
رضا ولابي حنيفة انه وكله
بالتملك لان الديون تقضى بامثالها
اذ قبض الدين نفسه لا يتصور
الا انه جعل استيفاء لعين حقه
من وجه فاشبه الوكيل بالاخذ
بالشفعة والرجوع في الهبة
والوكيل بالشراء او القسمة
والرد بالعيب وهذه اشبه

بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والتوكيل بقبض الدين
وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح فاذا اقتضى القبض واقام
الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه يقبل عنده وقالا لا يكون
خصما فلا يقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها
ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضى به رضى لها ولابي حنيفة رح
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس
الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن
الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه كيلا يمتنع
قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون
فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل
يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل
بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل
فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا قامت
عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة
تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة
على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل
بالشراء فانه خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل
احد الشريكين وكيلا بان يقسم مع شريكه واقام الشريك
البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب

على البايع

وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل
بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها
فيكون خصما فيها والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع لانه امين محض
والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول
حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له
فاقام الذي هو في يده بينة
ان الموكل باعه اياه وقف الامر
حتى يحضر الغائب وهذا استحسان
والقياس ان يدفع الى الوكيل لان
البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر
وجه الاستحسان

على البايع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب
يقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل
بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل
بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون
هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل
مباشرة الشراء قوله وهذه اشارة الى ما اشرنا اليه
مما تقدم به دليل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في
الحقوق قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة
بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هنالك لكونه بقبض
عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض
عبد فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه في
دفع العبد الى الموكل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس
لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر
الآمر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده
فيقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا اقام
على انه عزله عن ذلك يقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد
الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد
والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها
والعبد والامة على العتاق او من هما بيده على الارتهان
من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان
تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق

وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده حتى لو حضر البايع تعاد
البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك
العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد او الامة على العتاق
على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق   واذا اقر الوكيل

واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

وكذا لو وكل

والرهن لانها تتضمن بالطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغايب فقلنا ه في القصر دون غيره

قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي حاو باستيفاء الحق او المدعى عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رح الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم يسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جايز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر

وكذا لو وكل بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة وكهذا يختار فيها الا بهذى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته تتناول ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فينصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد

لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء قوله وكذا اذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة وقال في النهاية هي مسئلة مبتداة خلافية لم نوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان احتمل في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فينصرف الى المطلق مجازا على ما سنبينه تحريا قطعا قوله ولو استثنى الاقرار جواب عما استشهد زفر ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما قررناه ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رح لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاول بحال المسلم وهو مطلق الجواب

وعن محمد انه يصح لان التخصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى
وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب فلم يصحح في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب
الوكيل
فيه فبعد ذلك

وعن محمد انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب و
لم يصحح في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على
الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه
الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله
الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة
لا يجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته ولقايل
ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر
المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء
مفيدا او الجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه
اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه
مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مختير في كل حال فكان استثناؤه
مفيدا ولم يذكر المص الجواب بصورة الصلح والابراء واجيب
بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب
داع الى الصلح ولا الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان
افضاء كل الى الصلح او الابراء ان لم يكن اشد من افضائها
الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان
فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة
ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او
بنعم والصلح عقد اخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع
للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق
الجواب لا حقيقة ولا مجازا قوله فبعد ذلك شروع في بيان

ماخذ

فبعد ذلك بقول ابي يوسف ان الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء
فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا
والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له
لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو
الجواب في مجلس القضاء فيختص به
لكن ...

ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت
ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز
اقرار الوكيل بالخصومة على موكله بقول ابي يوسف في التسوية
بين مجلس القاضي او غيره الوكيل قايم مقام الموكل واقرار
الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نايبه وهما يقولان
ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة
او مجازا الا ان اقرار انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب
مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو
الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء
فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظ ولا مجازا
اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في
غير مجلس القضاء فلا اقرار بخصومة مجازا في غيره فلا يتناوله
الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة
الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قرر
في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة سبب
الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير
الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس
القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب
في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه
بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى تادية للمقصود قوله
لكن الاستدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال

لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا

لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

ولان قبول قوله ح

اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا او لا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لخروجهما من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما نذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظ والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المكاتب بابراء نفسه عما عليه من الدين صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد

بالرد

ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه

ومن ادعى ح

بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل وان قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تاخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا قبض المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يملك الكفيل منه عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان يكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه قوله ولان قبول قوله وكيل اخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون اعتقه مولاه حتى يضمن المولى قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقدار ها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقبضه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فاداه

قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله

قال صف ح

فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه

وان كان ضاع ح

المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه الدين ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين باداء الى الموكل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله ان ينقض وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله ارجع عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون

وان كان قد ضاع في يده لم يرجع به عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان

ولو كان الغريم ح

ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه ح

لانه غاصب في حقه فيما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اي بما يذوب اي يكون لكل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان في التكذيب شيئا عقيب هذا او دفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او هو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة

وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة

ومن قال ح

ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه **قال** ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى الخ

ولان من باشر تصرفا لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المص رح ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف اولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف يبتنى على دعوى صحيحة وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا الآمر لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين فالحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبت الوكالة في حقه باقراره **قال** ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير من القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير من القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه من المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع اولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه تصديقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع الا ان يكون العين في يده باقية وان كانت باقية اخذ ها لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه

ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه قال ولو وكل الخ

لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية بخط شيخه رحمهما الله تعالى نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وهو تبعه غيره من الشارحين وروى انه ضعيف لان الحال مقيد لحكم العامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على انه مال الوارث فلابد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى البيع عليه ولقايل ان يقول قد تقدم ما ان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا واجيب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض مناسبة **قال** وان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه

قال فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد تثبت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب وان وكله

قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف
مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وفي
الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه
ولا يستحلف المشتري عنده
بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما صح

فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المص رح
لان الوكالة قد ثبتت بالبينة لان وضع المسئلة كذلك والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين ثم يتبع
الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى الاداء
وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل
لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رح احلفه على
العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر
بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي
حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا
تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء
مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه والتحليف بالاصالة
قال وان وكله بعيب في جارية اي وكل برد عيب جارية
بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم ترد عليه حتى يحلف
المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان التدارك ثمة ممكن
باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل واما
ههنا فغير ممكن لان العقد تنفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ
ماض على الصحة عند ابي حنيفة لان القضاء في العقود والفسوخ
ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطأ بالنكول وعلى هذا لا يحلف
المشتري عنده بعد ذلك لانه لما قضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق
في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ادعى على البائع بالعيب
ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال البائع

لا سبيل

فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما
لبطلان القضاء، وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف
المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر
ومن ادعى ح

لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى
قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية
على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح فاما على قول ابي
حنيفة فلا سبيل للامر على الجارية مسلما ان هذا قول الكل
لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط
للرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما
في الاخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء
باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا
هذا اصح فاما عندهما فقد قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا
اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين
فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري
لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك
ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء
القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء
عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف
وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر
للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع
فينتظر النظر له اذا كان غائبا قال ومن دفع الى رجل عشرة
دراهم ينفقها ومن دفع الى اخر عشرة دراهم ينفقها على اهله
فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي انفقه من ماله
بمقابلة العشرة التي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق

قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل صح

قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه بعينه في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شيء لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المأمور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء

يتعلق

باب عزل الوكيل

وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن

لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا باب عزل الوكيل وجه تأخير العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح بغير حضرة المطلوب اولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من تقدم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل الوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يرد فالعزل لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل يثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب المختصر وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر عنه ولم يذكره المصنف رحمه الله لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه قوله فصار اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل

قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده

ويبطل الوكالة

عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به اولا ولو كانت متشابهتين لما وقعت بينهما بهذه التفرقة اجيب بان مدار العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل العزل في الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جايزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في الرهن البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته اذا عزل الوكيل فلم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل متصرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من ماله الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر في فصل القضا بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة **قال** ويبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول يبطل الوكالة

بموت

قال ويبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم

بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وهي ليست كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه من الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فيجعل كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ولا يتوقف بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا يبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امراته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف رح عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه انه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت ورواية عن محمد وقال محمد رح اي حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات

قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف واذا وكل

قال المص وان قتل او لحق بدار الحرب مرتدا بطلت الوكالة اقول ولقد اصاب المص حيث اختار صيغة الماضي ههنا وصيغة المضارع

فقدر به احتياطا وقال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فيكون موقوفا فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر اللحاق وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل فاذا وكلت التوكيل بالتزويج ثم ارتدت يخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما تؤول لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال

ولا وكل المكاتب ثم عجز واذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد الماذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما يليه بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب او الماذون له بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبته باستيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا

قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او الماذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واذا مات

واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق

قال المص بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته اقول يفهم منه تحقق قوله لانه لا يصح امره بحث

بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المعاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلم ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول بهذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستفيدة من جهة المعاوضة وتوكيل احدهما فيه كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما شريكا جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل ماذون بالتوكيل ليحصل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المص رح ساكت عن التفصيل في المسألتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فيبطل ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسألة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب

قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا كان فيه من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات

وان لحق بدار الحرب مرتدا لم تجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال العبد الضعيف وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رح

الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به في بيع عبده مثلا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان للدوام حكم الابتداء، وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المص رح هذا عند محمد رح واما عند ابي يوسف رح فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله ارتفع المانع واما ان تحدث فيه اهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به الوكيل وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وبهذا انتزع الى التخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما تملك تنفيذ تصرف على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كساير املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت الولاية بطلت التوكيل لئلا يتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض

ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد

ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكله به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف فيه

بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاول ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكرنا العود بينهما جر ذكرها في هذا الموضع قال ومن وكل آخر بشيء من الاثبات والاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او مكاتبته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امراة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها

لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكل ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاضي فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح

قال له ان يزوجها لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المامور للامر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امراته فطلقها بنفسه ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمامور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك اذا وكله بالخلع فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدا في حق غير العاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان دليل ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه

وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى صح

كتاب الدعوى

المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس

قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى وكونه ملزما على الخصم فان الدعوى على الغائب لم تسمع وكذا ان كان المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء وان ادعى انه وكيل بهذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي والاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الدعوى لا تتحصل الا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي عم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر فلا بد من معرفتهما فقد اختلفت عبارات المشايخ رح فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري رح المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام

وقبل من يلتمس غير الظ والمدعى عليه من يتمسك بالظ وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا الصحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

اى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا او قرار الشئ على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعى هو من يريد ازالة الظ والمدعى عليه من يريد قراره على ما كان عليه ولعله منقوض بالمودع فانه مدع عليه وليس يتمسك بالظ اذ رد الوديعة ليس بظ لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظ وهو عدم الضمان وقال محمد في الاصل المدعى عليه فهو المنكر وهذا الصحيح لما ورد من قول النبى عم اليمين على من انكر وروى اليمين على المدعى عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعنى اذا تعارض الجهتان في صورة و الترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه

قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق وان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور على هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى والا لم يكن حاضرة ذكر ...

قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه و قدره قد ذكرنا ان معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا احضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا اشخص اليه لان النبى عم فعله وكذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من اولهم الى آخرهم اى اجمعوا و الاصل فيه قوله تع واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم الظالمين لاعراضهم عن الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكره وعجز المدعى عن اقامة البينة وسنذكره اى وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب قال وان لم يكن حاضرة ذكر قيمتها يعنى اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف

وان لم يكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به و
قد تعذر مشاهدة العين قال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الانوثة والذكورة
قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة
لتعذر النقل فيصار الى التحديد
فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره
قال ذكر ثلثة

ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فيه
لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في توضيحها غير مفيد والقيمة
شيء يعرف به العين فذكر ما يكون مفيدا وقوله وقد تعذر
مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف
يعني والحال ان الشيء بهذه تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى
قال ابو الليث الفقيه يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة
والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك عند ابي حنيفة
لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح
على المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلكة ملكا
له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب
وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا
كان كذلك لابد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة
ليعلم القاضي بماذا يقضي فلابد من ذكر الانوثة والذكورة و
من المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة
القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة قال فان ادعى
عقارا حدده اذا كان المدعى عقارا فلابد من ثلثة اشياء
تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما
الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر
البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر
التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا
بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كانوا مشهورين

قال ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله
في الكتاب ذكر انه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار
لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي وهو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلابد من طلبه

مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى فانه يستغنى عن ذكرها ولابد
من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف
هو الصحيح قال ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر
لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا
غلط في الحد الرابع واثبت في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به
اي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان
بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن
لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا اخر بالغلط وبهذا الجواب
يبطل قياس زفر رح الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى
يشترط في الشهادة واما الثاني فلابد منه لانه انما ينتصب
خصما اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر
المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد
فيه الا بالبينة بان شهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا
سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لابد في الشهادة
على اليد من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة
لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق
المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي
باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه
قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء
عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة
واما الثالث فلان المطالبة حقه فلابد من طلبه وفي عبارة

ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال
وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به
لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه
يعرف به واذا صحت الدعوى
سال المدعى عليه عنها لينكشف
وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها
لان الاقرار موجب بنفسه فيامره
بالخروج عنها وان انكر ح

لسامح لانه يؤول الى التقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن
الجواب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه
المطالب حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده
او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات و
من هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب
ان يقول وهو في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين
الصورتين بحق وان كان المدعى به حقا في الذمة ذكر المدعى انه
يطالبه به لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه
وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد
من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا
يقول كذا وكذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا اذا
كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا
حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد في كل جنس للاعلام باقصى ما يمكن به
التعريف **قال** واذا صحت الدعوى اذا صحت الدعوى بشروطها
سال القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين
اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او يصير ما هو بوصفه ان يصير
حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول
فالحكم فيه ان يامره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف
على قضاء القاضي لكمال ولايته للانسان على نفسه فكان الحكم من
القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم
فيه توسع وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة

قال المص وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اقول قال صاحب الوقاية وفي المنقول انه بيده بغير حق وفي صدر الشريعة في شرحه فان الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن وحبس المبيع لاجل الثمن اقول هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم ونحن نقول فان احتمال كون العين في يد المدعى عليه بحق اول بالمطالبة على ما صرح به صاحب الهداية وغيره ...

وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب
اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها
وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى
كيف اضيف اليه بحرف اللام

للصدق والكذب التي هي بوصفه ان يصير حجة اذا قضى القاضي
بها حجة في حق العمل بسقوط احتمال الكذب فيها فاذا لا بد من السؤال
لينكشف له احد الوجهين فاذا سال فان اعترف به امره بالخروج
عنه وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة
فقال لا فقال لك يمينه سال رسول الله عليه السلام ورتب اليمين
على فقد البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى
لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين
خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله عليه السلام لك يمينه
ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف
اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق
المدعي لانه زعم ان خصمه اتوى حقه بالانكار فالشرع جعل له
حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعمه فاليمين الغموس مهلكة
لخصمه فيكون اتواء مقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان
الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا
ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست
بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اسناد الظن بالاخر
وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه لها
فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له
فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة
مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين
الكاذبة وفيه نظر **باب اليمين** لما ذكر ان الخصم

باب اليمين ح

قوله قيل انما جعل يمين المنكر اقول هذا القيل لصاحب النهاية واصله في المبسوط

قوله وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة اقول هذا الكلام لصاحب النهاية مع تغيير يسير في بعض عبارته

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي رح ولا ترد

اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي لانه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التميز والقسمة تقتضيه وقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء استدلال اخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي رح وسيأتي **قال** ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق

ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح ولا تقبل

ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا واظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج

فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فلم يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاما على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاما على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينته ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع حال بينته نظرا الى انها ثابتة في الواقع لان قدر ما اثبتته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرع البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبتته اليد

بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال
واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الش في رح لا يقضى به
بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع
عن الصادقة واشتباه الحال فلا
ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين
المدعى دليل الظهور فيصار اليه

ولنا ان النكول الخ

اي الكثير

مع الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل
اجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد
وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون
ملك ثابت للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون
بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد
بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة
مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات
فترجح احديهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة
الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة
ذي اليد تثبت النتاج لا غير واجيب بان بينة النتاج لا توجب
الاولية الملك جهات وباقي ذلك وترجح ذو اليد باليد
فيقضى له قوله وكذا على الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق
والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم
ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعتاق
والاستيلاد والتدبير ومعناه ان البينتين في الاعتاق واختيه
يدلان على الولاء اذ العتق حصل للمعتق بتصادقهما وهما قد استويا
في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده قال واذا نكل المدعى عليه
عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحكم عليه بالنكول
والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضى عليه بل يرد اليمين
على المدعى عليه فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة
لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع

قوله وهما قد استويا في ذلك اقول يعني قد استويا في الولاء وقوله وهما راجع الى البينتين بقوله ومعناه ان البينتين في الاعتاق

الحاكم

قوله وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم في الوراق الاول في السابق عند قوله ... قول المص واذا ... تحلف المدعى بشروطها

ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه

وينبغي للقاضي الخ

عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب
حجة بخلاف يمين المدعى لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان
النكول دل على كونه باذلا اي ان النكول بذلا كما هو مذهب ابي
حنيفة رح او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم
على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عم واليمين
على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا
الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان
الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير والغرض بان
الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى
قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل
وامرأتان فالقضاء بالنكول مخالف وقال عليه السلام البينة
على المدعى واليمين على من انكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب
المدعى عليه في الابتداء لقول الشاهد انه فبنكوله صار
الشاهد شاهدا للمدعى فيعود اليمين الى جانب المدعى ولهذا بدأ بها
في اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظ فان الانسان
لا يلوث فراشه كاذبا وان كان صدقا واجيب بان الكتاب
والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء
بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روى
اجماع الصحابة رض على ذلك وما روى عن علي رضه انه حلف المدعى
بعد نكول المدعى عليه فقد روى عنه خلاف ذلك وروى عن شريح
ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال ليس لك اليه سبيل

قوله والاجماع يدل على جوازه الخ اقول الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به

قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه وهو الصحيح والاول اولى

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح

وقضى بالنكول بابن ابي ليلى فقال علي رض قالون وهو بلغة اهل الروم احسنت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات موكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف وكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا يرد اليمين على المدعي

قال وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت فبها والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء بعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه فان الشافعي فيه خلاف لما قررنا ثم العرض ثلاث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار شرطا في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلاث ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قال** واذا كان الدعوى

قال وان كانت الدعوى

قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها

نكاحا اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء العدة مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على المجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة رح وقالا يستحلف في ذلك كله واذا نكل يقضى بالنكول الا في الحدود واللعان ولهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار لما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي

لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

ولا اصبعه مه

ولابي حنيفة رح انه بذل لان منعه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير
كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء
وعليه الاكثر

ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين
فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو
كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر
في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع و
استحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث
ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يذوب لك به
فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه
بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به و
الجواب ان النكول اما اقرار او بذل منه فوجه الاقرار ما تقدم
ووجه كونه بذلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا لفصل الخصومة
وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم
تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة
فالنقوض المذكورة انما وردت على اعتبار كونه اقرارا لا يرد
على تقدير كونه بدلا ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي
ولابي حنيفة رح ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما
يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى له واجبة مع النكول وما كان كذلك
فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا اولى كيلا
يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء
فانه اذا قال مثلا انا ابن هذا الرجل يوديني قد صحت اليه
نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن اجب لهذا
ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامراته لكني وهبت له نفسي

وانما

قوله ولو كان النكول اقرارا لقضي به اقول ليس
قال الزيلعي ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون
القضاء انتهى وقال انه ليس كذلك فانه لا
يجوز الا في مجلس القضاء وقضائه فافهم ولعل
الجواب هو الجواب واعتبار الذي جعلاه
اقرارا هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها
انما هو في مجلس القضاء فليتامل ش

قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير
المدعي اقول بل هو تغيير الدليل و
المدعي جواز الاستحلاف ش

واجبت له الامساك لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما صح
شيئا فيه اذا استحق ما ادعى نصفا، كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح
فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى والثاني لو كان بذلا
لكان ايجابا في الذمة ابتداء، وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب
على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع
ان العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان
بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان
بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل الصلح
واجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل
وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا اخذ هذا بازاء ما وجب
لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني
بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وساير المداينات
وعن الثالث بان الحكم يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم
الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للنزاع
وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون بما دخل تحت الاذن
كاهداء المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس
انا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا كما
ان يقول اقطع يدي وبها اكلة لم ياثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول
مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال
ابو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عم واليمين على من
انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها

وفايدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين

ويستحلف

لكنه يقول لما لم يفد اليمين فايدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بدلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يخفى منه اداء الصلوة لفوات المقصود قوله وفايدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه الاشياء لا يجري ففات فايدة الاستحلاف فيها لان فايدة القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيه لعدم الفايدة وقوله الا ان هذا بذل جواب سوال تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجه انهما انما يملكان ما لا بدّ له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البذل في الدين اما ان يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع عنه لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فهلا جعل في الاشياء السبعة البذل تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة عن الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من توجيه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف

قوله ووجه ذلك ان البذل في الدين الخ اقول لم يجز في الجواب التصريح عن السوال على ما فرّر

قوله والبذل فيها لا يجري الاوصاف

السارق

قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

وانما يستحلف

السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد رح انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة واثبت على دعوى المال قال المص رح فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل يقضي نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت ما الحكمة في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فايدة قلت هي تعليم ان الدعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم القيد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعي عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على السبب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه

قوله يريد به النكول اقول فيه بحث

قوله والقطع ولا يثبت به هو اقول فيه تشبيه المنافي والاظهر ان يقال يفعل السرقة

قوله وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك اقول فيه بحث فانه لو اطلق لتوهم ان الطلاق بعد الدخول ...

قوله وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق ...

قوله قلت البذل لا يجري فيه ... اقول ... لا يثبت النكاح عليها

قوله فانه يستحلف على السبب ...

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان لا يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان دعواهما الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف

وهذا عند ابي حنيفة رح

في يد ملتقط فادعت اخوته قرة زيد فجر يد الملتقط لحق حضانتها وارادت استحلافه فنكل يثبت لها الحق دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عبدا ثم اراد الرجوع فيه فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة دون الابن لان مجرد دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما تصح من الرجل والمراة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت فيه القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا قام على ما ادعى رجلا وامراتين او شهادة على الشهادة فانه

هذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد

ولابي حنيفة

ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع

واذا امتنع

لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامراتين كما يجب بالنكول وهي مما يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال اصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وهاهنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المثلية لتخصيص القاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة رح ان الاطراف تسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف تسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجيب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم ياثم بفعله وما نحن فيه من البذل اي الذي يجب بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع

وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة **قال** وإذا قال المدعي لي بينة
حاضرة قيل لخصمه أعط كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس
جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه
كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن
الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى
حتى يعدى عليه ويحال بينه و
بين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره
والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي
حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في

بالأرش وهو الحق أهون فالمصير إليه أولى وأجيب عن الأول بأن
الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم محتاجون
إليها فيثبت بالشبهات كالأموال والقطع في السرقة خالص حق
الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش
إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا
يعدل عنه ونظير ما ذكرنا أن البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به
دون الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص وإذا امتنع واليمين حق
مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين
يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا **قال** وإذا قال المدعي لي بينة
حاضرة وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فأما أن يكون المدعى عليه
مقيما أو مسافرا فإن كان مقيما قيل له أعط كفيلا بنفسك ثلاثة أيام
قال فعل والأمر بالملازمة أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم
وأما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل إقامة الحجة
ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه
يعان عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظرا
للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالإعداء والحيلولة بينه و
بين أشغاله وأما التقدير بثلاثة أيام فمروي عن أبي حنيفة رح ثم يخير
فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح
وروي عن محمد رح أنه قال إذا كان الرجل معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفي
شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ
وكذا إذا كان المدعى به حقيرا لا يخفي الحر نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما

ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير منه ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة
للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة

الأمر

قال فعل والأمر

قال فعل والأمر بالملازمة كيلا يذهب حقه إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا
يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به
لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة تذكر في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف
بالله أو ليذر وقد يؤكد بذكر أوصافه
وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله
الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك
ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في
التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا
أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن
المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار إن شاء
لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل
لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال
دون الحقير ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا
إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف
بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله و
يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل
التوراة على موسى عم والنصراني
بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عم
لقوله عليه السلام لابن صوريا الأعور
أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على
موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا ولأن
اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني
نبوة عيسى عليهما السلام
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر
المنزل على نبيه ويحلف
المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا
ذكر محمد رح في الأصل ويروى عن أبي
حنيفة أنه لا يستحلف أحدا إلا بالله
خالصا وذكر الخصاف أنه لا يستحلف
غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو

الأمر بالملازمة فلئلا يضيع حقه قال فإن قال المدعي لا بينة لي أو
شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لأن الفائدة
هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب
كالهالك من وجه إذ ليس كل غائب يؤوب وإن كان مسافرا
فالكفالة والملازمة بقدر أن يقدر بمجلس القاضي إذ ليس فيه كثير
ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية
الملازمة ستذكر في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى **فصل**
في كيفية اليمين والاستحلاف لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع
الواجبة هي فيها ذكر صفتها لأن كيفية الشيء وهي ما تقع فيه
المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكلاهما
فيه ظ وقوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق وهو ظاهر
الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين
بالله لكنهم قالوا إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل
عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي به لم ينفذ قضاؤه وابن
صوريا بالقصر اسم أعجمي روي أنه عليه السلام رأى قوما فروا
برجل وامرأة سخم وجوههما فسأل عن حالهما فقالوا إنهما
زنيا فأمر أحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال أنشدك أي
أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم
هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصد تعظيم المقسم به

اختيار بعض مشايخنا رح لأن في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين
لأن كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن
سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ولا
يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصد تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج

قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحده استحلف بالله ما بينكما بيع قايم فيه في الحال
ولا يستحلف بالله ما بعته لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك
رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم
في الحال لانه قد يطرى عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قولهما

وهو حاصل بدون ذلك وفي الجامع حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع وكذا التشرط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك والا ان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رح وعلى السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظ ونقل عن شمس الايمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظ اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد

قوله بالاجماع اقول اي على ظاهر الرواية

قوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح واما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فح يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فح يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي

وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة وعليه باللحاق بدار الحرب وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم ومن ورث عبدا

واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها لا يحلف الا على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو الاصل لان الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع قايم في الحال لان السبب مما يتكرر فالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند ابي يوسف يحلف على السبب قال ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه وهذا نوع اخر من كيفية اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله ما سرق وما ابق مع انه على فعل الغير

قال ومن ورث عبدا فادّعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

قال ومن ادعى

وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صورة النقض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البايع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا او ادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع قال ومن ادعى على آخر مالا ومن افتدى يمينه او صالح منها على شيء مثل مال المدعي او اقل جاز وهو ماثور عن عثمان رضه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوايد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا

قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جايز وهو ماثور عن عثمان رضه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادّعى احدهما ثمنا وادّعى البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادّعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة وقوله ان

بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود رضه استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة الاف درهم فترافعا الى عمر رضه في خلافته فقال مقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما تقول وليأخذ سبعة الاف درهم فقال لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذ ما قلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضه انها كانت سبعة الاف درهم قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا لشفعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلف لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله الموفق

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد لما سبب الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البايع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البايع بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات

ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة
الاثبات وان لم تكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا
البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة
وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان
بالفسخ فاذا علما به يتراضيان
فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل
واحد منهما على دعوى الاخر وهذا
التحالف قبل القبض على وفاق
القياس

للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان
الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البايع بعتك هذه الجارية
بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا
واقاما بينة فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى
في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل
هذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضى بهما
للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف
في جنس الثمن كما لو قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا و
قال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فهي
لمن لا اتفاق على قوله وهو البايع لان حق المشتري في الجارية
ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع فبينته على حقه
اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان
ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا ويقول للبايع
اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان
المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانهما ربما لا يرضيان
بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف
الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره
والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكره فكل
منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما
بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكره وكل منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البايع في زيادة الدين والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه
لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
وتبتدئ

وتبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري
اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن اولانه تتعجل فايدة النكول وهو الزام الثمن ولو تبدئ بيمين
البايع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبتدئ
بيمين البايع لقوله عم اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قاله البايع
خصه بالذكر واقل فايدته التقديم
وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن
بدا القاضي بايهما شاء لاستوائهما
قال وصفة اليمين

سالم له في يده فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره
فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
ولقايل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا
فهو مرجوح فان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح
ويبدا بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية
عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف انه يبدا بيمين
البايع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب
بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقديم الانكار دون
شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو الانسب بالمقام لانه
لما تقدم في الانكار يقدم في الذي يترتب عليه اولان فايدة
النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع
تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف
يقول اولا يبدا بيمين البايع وذكر في المنتقى وابو الحسن في
جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر رح لقوله عم اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قاله البايع ووجه الاستدلال انه عليه السلام
خصه بالذكر واقل فايدته التقديم يعني انه عليه السلام جعل القول
قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا اقل من
البداءة وان كان العقد مقايضة او صرفا يبدا القاضي بايهما شاء
لاستوائهما **قال** وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين
ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه

قال وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات
يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم
الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله
ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت
ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى البيع بثمن
مجهول فيفسخ القاضي قطعا للمنازعة
او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا
بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ
في فاسد البيع
وان نكل ح

وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ح

بالفين وقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح
الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات
دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم وما علمتم له قاتلا وفيه
نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما
اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من طلب وهذا
يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت
مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال
اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ
فما لم يفسخ كان قايما قال في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية
اذا كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر
لانه جعل باذلا لصحة البدل في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق
دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض
قال واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله
او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما والقول قول البايع وقال زفر والشافعي رح يتحالفان لان
الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل
والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا
ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف
في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص
عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار
فان العقد بعدمها لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به

وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته
قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف
في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به
قوام العقد
بخلاف الاختلاف في
فصار

بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف
لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف
الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض
الشرط والقول لمنكر العوارض
قال فان هلك ح

فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن الجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير
حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان
التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف
بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود
بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه
يثبت بواسطة الشرط وان لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه
كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم
في الاستيفاء ببعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد
لبقاء ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك
لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة
ساير الدعاوى واذا اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري
لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال فان هلك المبيع
ثم اختلفا فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار
بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة
وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي رح
يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلايل الدالة على
التحالف لا يفصل بين كون السلعة قايمة او هالكة اما الدليل
العقلي فهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا
ولا يعارضه ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قايمة لانه مذكور
على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قايمة فان عند ذلك

قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد رح
يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه
او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
لهما ان كل واحد منهما ح

كلما الا كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن
فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولأبي حنيفة وابو يوسف رح ان التحالف
بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه

تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال متاتٍ
ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التميز ففي عدمه
اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا
غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام
السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد
ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد
دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن
التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة
المدعاة فكان مفيدا اي اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك
السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا
ولزم المشتري رد القيمة ولأبي حنيفة وابي يوسف رح ان
الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق احدهما بالآخر جمع
بين امرين حكم الشرع بالتنويع بينهما وذلك فساد الوضع اما
الاول فلان قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من
انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر في هذه الصورة
بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام و
السلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه
ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس اولى على انه
اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط
واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة

لما ذكرنا

والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي
بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة
الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم
فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل
الهالكة ان كان له مثل او قيمته
ان لم يكن له مثل قال وان هلك

لما ذكرنا فلا يتعدى اليه فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة
اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى الفسخ
فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه
ولا كذلك بعد هلاكها الا ترى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد
بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة
ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب عن قولهما ان كل واحد منهما
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة
اي سلمنا ذلك لكن لا نظر له فيما نحن فيه لان اختلاف السبب
انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود
المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس
يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام
السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل منهما المقصود حصل والتحالف
موجود لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف
القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول
محمد وقوله وانما يراعي جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة دفع
الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد
وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات
التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من
موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد
اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات
العقد والجواب انه يثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي و

قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رح

وهذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قايم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له واختلاف ما بين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان يأخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القايم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فحينئذ يتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا اكثرهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من الثمن الهالك شيئا زايدا على ما اقر به المشتري

وعلى هذا

وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزايها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن الخ

وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى ان يأخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سياتي وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك يجهل في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو الجواب ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزايها والجميع لا يبقى لفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القايم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز وتفطن مما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى بنفي القياس وفيه اشارة الى الجواب

ولانه لا يمكن التحالف في القايم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القايم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا الخرج بعض النسخ ح

قوله بل بطريق تصديق المشتري هذا قول الاكثر ... [illegible]

قوله قيل والصحيح هو الثاني ... [illegible]

قوله والجواب ان هلاك البعض ... [illegible]

بعد تخريج بعض المشايخ رح وبحرف الاستثناء عندهم الا التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف
لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري

ثم تفسيره

ثم مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب
ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب
مع يمينه وفي حصته ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض
المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة ايضا
دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة
فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة
فهي عقود متفرقة تتجدد فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه
على حدة فيتعذر الفسخ في بعض فلا يتعذر في الباقي والثاني ينفي
الالحاق بالدلالة وفيه الاشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف
ومحمد كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القايم
وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف
الا اذا والا لم يختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان
قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا
ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما بامر القاضي
المشتري يرد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري
لان البايع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة
المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح فمنهم
من قال يتحالفان على القايم لا غير لان العقد ينفسخ في القايم
لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما
اشتريت القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه البايع حلف
وكان صادقا وكذا لو حلف البايع بالله ما بعت القايم بحصته

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القايم واذا اختلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
واختلفوا في تفسيره

من الثمن

واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ العقد في القايم وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشتري حصة الهالك وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع

وان اقاما

من الثمن الذي يدعيه المشتري صدوقا فلا يفيد التحالف والصحيح
ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه
دعوى البايع وان حلفا يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي
يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ
العقد في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة
الهالك من الثمن الذي يدعيه المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك
لان القيمة يجب اذا انفسخ العقد في الهالك ولم ينفسخ عنده
ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي
اقر به المشتري على العبد القايم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض
فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على
المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف
الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت
فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القايم
يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك
فقال المشتري كانت قيمة القايم يوم القبض الفا وقيمة الهالك
خمسمائة وقال البايع على العكس فالقول للبايع لان الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة
الهالك والبايع ينكره وطولب بوجه تعيين قيمته يوم القبض
دون القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد
في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسايل الزيادات قال محمد رح قيمة
الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض

قوله دل عليه مسايل الزيادات اقول في باب الزيادة في المبيع من كتاب البيوع ش

وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل فيما اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره والقول للمنكر

وان اقاما البينة

لان الام صارت معقودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد
بالقبض وكل واحد من العبدين بها صار معقودا بالعقد
فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين
هذا اشكال هائل اوردته على كل فحول تحرير فلم يهتد احد الى
جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل
لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار معقودا بالعقد وفيما نحن
بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار معقودا بالعقد وهو
التحالف اما في الحي بينهما فقط وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر
الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم
الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون
بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى
قال يحلف المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال
التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها
يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وبعده شراح رضي
واقول الاصل فيما هلك وكان معقودا بالعقد ان يعتبر قيمته
يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته
يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان
تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة
واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا
في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة وغير مفسوخ نظرا الى وجود المانع
وهو الهلاك فعملنا به بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن

نظرا

وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه
وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها
والبائع منكر حقيقة وفي البينات تعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر فيها
والبائع مدع ظاهرا فلهذا يقبل
بينته ايضا وترجح بالزيادة
الظاهرة على ما قررنا وهذا يبين لك
معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رح
قال اصحابنا رحمهم

نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى
الانفساخ وان اقاما البينة تقبل بينته لانه نور دعواه
بالحجة وان اقاما فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها
الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة
القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك
ثم ذكر المص رح ما هو على قياسه من بيوع الاصل وهو ظاهر ما ذكرنا
وذكر الفقيه ثم ان القول هنا قول البائع والبينة ايضا بينته
مع ان المعهود بخلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او
مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه
اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك ان كلا من
اليمين والبينة يبتني على امر جاز ان يجتمع مع الآخر باعتبارين
فجاز اجتماعهما لان مبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام
على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل
غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف
ما ظهر عنده بان زل او نحو ذلك واذا ظهر هذا جاز ان
يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه
وان تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا قام البينة ترجح بالزيادة
الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتباره الحقيقة في الايمان
بقوله لانها متوجهة على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال وهو متوجه على المدعى حال توجه اليمين على احد العاقدين
دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة

قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول
ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين
وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس
الاجارة على البيع قبل القبض و
الوارث على العاقد والقيمة
على العين فيما اذا استهلكه غير
المشتري

ولو قبض ح

ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تفصيل والفرق بينهما عند المحصلين
قوله وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف
في التحالف وتوضيحه التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال
ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض
البايع المبيع بعد المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ
بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول
حتى يكون حق البايع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة
ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع
لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان
التحالف اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد
في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته
وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة
قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا
اختلف الاجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة
على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل
القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري
يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البايع وضمن القيمة
قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في
الثمن قبل القبض تجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف
عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض
البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رح

[illegible]

ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد رح
لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا

قال ومن اسلم

قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول
المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك
قبل التسليم الى رب السلم لا يعود الى
السلم ولو كان ذلك في بيع العين
يعود البيع دل على الفرق بينهما

قال واذا اختلفا

خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول
بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الاخر وهذا المعنى
لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم
عشرة دراهم في كر حنطة ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه
ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم
لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط
لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود لكونه
عينا الى المشتري بعد عوده الى البايع الا ترى ان راس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب بغير قضاء القاضي بذلك وهلك
قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان
ذلك في بيع العين عاد العين الى البيع وانما كان القول للمسلم اليه
لان رب السلم يدعي عليه زيادة في راس المال وهو ينكر واما
هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة
قيل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم قبل قبضه وفيما اذا هلكت
السلعة ثم اختلفا فما الفرق لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة
دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه
فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في
الفسخ قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج
انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت
بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي

[illegible]

قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني
بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة

وان اقاما البينة

وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل

قال كان مع

الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته اولا فان كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فينفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدة فسخ العقد في النكاح بينهما لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ايضا موجود فلحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وعلى هذا لا يرد تخصيص العلل والتجوز بمخلص ومخلص غيره معلوم قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما قالت لذلك وان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل

فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال به الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعت المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به واقل مما ادعت المراة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه

قال العبد الضعيف رح

قال العبد الضعيف رحمه الله ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم في الوجوه كلها وهذا اسمى رح

ولا الحط عنه قال المص رح ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية تمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام فيه وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه للحطور فيه ويمكن الجواب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانه يعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما وبيداء بيمين الزوج اي عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا

قال وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن ولأبي حنيفة رح أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان

قال وإذا اختلفا

لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان ولأبي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما فإن العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلاً للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلاً لليد ثم ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غيره لأن العبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها تقي الخمار كالملحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الإمام التمرتاشي إلا إذا كان الرجل صائغاً وله

[illegible] ولا يسمى بذلك لأنها تقي الخمار أي الخرقة يعني إنما تسمى الوقاية لأنها تقي الخمار [illegible]

قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما

اساور

وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت

وهذا الذي

أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فلا يكون مثل هذه الأشياء لها وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر أقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء فإذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال وينتقض بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم ترجح بالاختصاص لأن المراد ما هو بالاستعمال لا بالشبه ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول أبي حنيفة رح لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال أبو يوسف رح يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر أقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وأما في الباقي

[illegible]

وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر

والطلاق

والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل

فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمراة كذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والصحيح اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما فصل فيمن لا يكون خصما اخر ذكر

من لا يكون

٣٥٢

فصل فيما لا يكون خصما قال وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغايب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه

قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المراة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح

من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل يشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الوقوع لا من حيث القصد الاصلي قال وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه او آجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا ولا حاجة الى البينة فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا لا فكما قال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة بل يحتاج الى البينة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة وهذه خمسة اقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة المذكورة انفا وهو ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغايب واثبات الملك للغايب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك الغير بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلا يثبت

قوله وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة اه اقول الايداع والرهن والغصب والاجارة والاعارة سعدي

قوله وهو ظاهر الرواية اه اقول فيه انه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهر فانه اصحابنا نعم ما ذكره عن ابي يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه نبه عليه في النهاية وغيره فكان الاولى بهذا ان يقول الى نبيه ايضا سعدي جلبي

قوله وقال ابن شبرمة هو عبد الله بن شبرمة بضم الشين والراء المهملة في القاموس شبرمة بالضم السنورة وما ابن شبرمة الجليل اول قال العلامة الاتقاني ابن ابي ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة وكان عبد الله بن شبرمة سنة اثنين وسبعين من الهجرة ومات سنة اربع واربعين ومائة ومحمد بن عبد الرحمن ابن ابي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة اربع وسبعين ومات سنة ثمان واربعين ومائة كذا في طبقات الفقهاء انتهى سعدي جلبي

وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله

ولو قال الشهود ح

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المراة الى زوجها اذا اقامت المراة البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغايب كما تقرر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغايب انما هو مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا يعتبر به ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فيثبت ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف رح ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبلها واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله وجهان احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الى اخره

قوله كالوكيل بنقل المراة اقول في صلاح السند المستند به كلام لا يخفى لعدم مخالفته للمقدمة الممنوعة وجوابه انه نظير لا مثيل لانفكاك المطلوب فليتامل سعدي جلبي

قوله لكن مقصود المدعي باقامة البينة الى قوله ولا معتبر به اقول فقوله اثبات الملك للغايب بدون خصم متعذر اي ان اريد اثبات الملك له قصدا الخصم ولا غايبا وان اريد اثباته ضمنا فلا نسلم ان المراد نفي الضمني خلاف القصدي والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمنيا اثبات الملك للغايب فيحصل المعنى فيكون اثبات الملك للغايب ضمنيا ولا معتبر به سعدي جلبي

فصار

ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة

وان قال ابتغته ح

فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم قال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رح ان المدعى عليه اثبت ببينته ان الشهادة ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه لعلم بيقين ان المودع غير المدعي عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع فيه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى يقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة قال وان قال ابتغته

قال وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال
المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه
انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده
حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد
وتصح دعوى الفعل وان قال
المدعي سرق مني وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان واقام البينة
لم تندفع الخصومة وهذا قول
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو
استحسان وقال محمد رح تندفع لانه
لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال
غصب مني على ما لم يسم فاعله
ولهما الا ان ذكر الخ

من الغايب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغايب
فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال
المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة
على الوديعة لا يندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه
ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون
له ولغيره حتى يقال انه اثبت له بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله
مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه
خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد
ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره
فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون
خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا
اودعه لم يندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو
استحسان وقال محمد يندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال
غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل
البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه
شفقة عليه فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فربما يقضي بالعين
عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الترجيح اجيب بان وجهه انه
اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته
بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق
الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين
للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهور ما قبل

ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة
عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز
عن كشفه

وان قال المدعي الخ

الى تصل

وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقط الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته
فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق
بامساكها باب
ما يدعيه الرجلان واذا
ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد
منهما يزعم انها له واقاما البينة
قضي بها بينهما وقال الشافعي الخ

الى تصل العين الى المالك فلان فيجعله سارقا احسب للدرء بخلاف
ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي
ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان ذلك سقط
الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره
فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان
يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق
بامساكه باب ما يدعيه الرجلان لما فرغ من
ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد
قبل الاثنين قال وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل
واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما
وقال الشافعي رح في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء
وهو السقط من الكلام والخطأ فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى
البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة
واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة
لانه عم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا
في امة بين يدي النبي عم واقاما البينة فاقرع النبي عم بينهما فقال اللهم
انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا
حديث تميم بن طرفة الطائي رض ان رجلين تنازعا في عين بين
يدي النبي عم واقاما البينة فقضى بها النبي عم بينهما نصفين وعن
ابي الدرداء رض ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة
فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة في بني اسرائيل فان داود عم

قوله الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله
بانه وكله فيما بلزم الحكم على الغايب
على الغايب وهو التوكيل فان ما يدعي
على الحاضر وهو التسليم سبب لما يدعي
التكلم انه يجوز وقد مر قبل باب فليرجع
سعدي افندي

وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترا ويصار الى القرعة لانه عليه السلام
اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله عم
في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين
وحديث القرعة الخ

وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعقد احدهما بسبب الملك والآخر باليد فصحت الشهادة فان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة

لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم تؤقتا

اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء فاخذت بعنق الظالم ثم قضى به النبي عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق و لانا نتيقن كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل منهما نكاح امرأة دعوى نكاح امرأة من رجلين اما ان تكون متعاقبة اولا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما اولا فان اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لكل واحد منهما وان كان ثمة بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاما فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها اولا فان كان ذلك فهي امرأته لان النقل اليه او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج البينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان التصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحد منهما

اولا او استوى تاريخهما

وهذا اذا لم توقت البينتان اما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما

ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينتقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق

قال ولو ادعى اثنان الخ

لتعذر العمل بها لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فينبغي ان يحكم بجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد احدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح وقضى فلا ينتقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين قوله وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ظاهر بيانه قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد عبد في يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف رح معناه من صاحب اليد احترازا عما سيأتي بعد هذه المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في البينة فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منه من رجل واجاز المالك البيعين ويخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي

بالدعوى

وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن لاحدهما ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه
في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير
القاضي حيث يكون ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ شيء والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد

ونظيره تسليم احد الشفيعين
قبل القضاء ونظير الاول تسليمه
بعد القضاء ولو ذكر

الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تفرق عليه فلعل رغبته في تملك الكل
ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل كذب احدى البينتين
متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت
واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما
في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم
اعتمد سببا في وقت اطلع له الشهادة به قال قضى القاضي
بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه
لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد
متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل
هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه
خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة
لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي و
هو القضاء عليه حيث له ان ياخذ الجميع لبشر الى الخيار
باق وقد ذكر بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظ ولو ذكر كل واحد منهما
تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه
فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخر فهو
لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون
قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه في يد
احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شراه
وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يقضى

ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به
ولو وقت احدهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك

وان لم يذكرا تاريخا

وان ذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرائه وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك
الا ان يشهدوا ان شراه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما
شراء والاخر هبة وقبضا معناه
من واحد واقاما بينة ولا تاريخ
معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى
لكونه معاوضة من الجانبين و
لانه يثبت الملك بنفسه والملك
في الهبة يتوقف على القبض
وكذا الشراء والصدقة مع

الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع البعد بعدية زمانية
فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان
فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض
مبني على شراه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه فيلزم من
ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان
شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى
ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض
اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطولب
بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة
واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد
من المدعيين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في
حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى
فيما التبس كذلك وكذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقتا
فذو اليد اولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد
دخوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على
سبق شرائه الا ان يشهد الخارج ان شراءه قبل شراء صاحب
اليد فانه ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى
احدهما شراء والاخر هبة وقبضا قال المص رح معناه من
واحد احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء واقاما بينة
ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين
كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته

وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة

الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء او الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة رح اما عند ابي يوسف ومحمد رح فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بعقدها

الكاتب

قال وان ادعى احد الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه

وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته ووجه الاستحسان

الفاضي ويمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها

قال واذا ادعى احدهما الشراء اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد الشراء اولى لان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده مبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فيتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار في جواب ابي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكان بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء

وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض

وان اقام الخارجان ح

وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه
وان اقام كل واحد

والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة
وان اقاما الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر عن ابي حنيفة انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اتحاد او اثبات وعلى قول ابي يوسف رح يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد رح يقضى لمن لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى
ولو ادعيا الشراء من واحد واقاما ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء فقضى به بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا فيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البايع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت احدهما دون الآخر على ما سنذكره بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فايدة فانه لا تفاوت في ساير الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان

وان اقام كل واحد البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى

كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما على الشراء منه زيد مثلا والآخر على الشراء منه عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احديهما دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا اثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره ولقايل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما البايع فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من يثبت له الملك بالبينة فهو كمن يثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البايع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك الا تاخر لم يضر وان تقدم الملك فتعارضا فرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فلا اذ جاز ان يقعا متعاقبين جاز

ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك
المطلق وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا
لجهة الملك فكان التقدم والتاخر
سواء ولهما ان البينة مع التاريخ
متضمنة معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من
جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
وعلى هذا الخلاف ح

قوله جاز ان يثبتا معا اقول فيه بحث اذ لا يتصور ان يملك الشخصان عينا واحدة

الا يثبتا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن
الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر
الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون
الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق
واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البايع واحد من المملكين
فكان المراد من مملكيهم **قال** وان اقام الخارج البينة على ملك
مورخ اقام الخارج على ملك مورخ وصاحب اليد على ملك اقدم
تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية
عن محمد رح وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى
ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا
كانت اقدم تاريخا فكانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل
من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج
دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق
الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء بخلاف
ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الآخر فان
الاسبق اولى سواء كان البايع واحدا او اثنين ولهما ان البينة
مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص
في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي منه وبينة
ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا و
انكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة

قوله لان البينتين قامتا على مطلق الملك اقول تعليل لقوله وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد الخ وقوله عنه يعني عن محمد رح

قوله فكان التقدم والتاخر سواء اقول بخلاف البينات ح

وقد

وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيّنا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك
مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو
رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما
كان صاحب التاريخ اولى ولهما
ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها
معنى الدفع ولا دفع هنا حيث
وقع الشك في التلقي من جهته
وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما
ولو كانت في يد ح

وقد مر من قبل هذا في قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده
وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي بعد اقامة البينة ولما
قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينته بذكر التاريخ
الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد
اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف
لو كان الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رح وفي قول محمد رح لا يعتبر بالوقت لما بيّنا
من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على
مطلق الملك ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة
ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء
اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى وقد تقدم ولهما
ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع كما مر ولا
دفع هنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وهنا وقع
الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احدهما لم يحصل اليقين بان الآخر
تلقاه من جهته لامكان ان الآخر لو وقت كان اقدم تاريخا
بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم و
على هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك
مورخ والآخر على مطلق الملك اليد فانه يسقط التاريخ عندهما
خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما
تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لم يقبل بذلك

يقول

ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فيسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام

والازمه المسئلة الاولى اجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء يقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكتساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية فالترجيح بالتيقن ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يورخ سابق على المورخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى عليه اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعي بعد تاريخ المورخ واذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار قوله بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف ومعناه انهما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينته بالنتاج

فذو اليد

قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما

فذو اليد اولى وهو احق ان وفق العيش الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا الخارج لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظ واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما يترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى فقوله وهذا اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة

ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينة قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه

ووجه صحة ذلك ان محمدا رح ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله ان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين لقال ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا اطلق لاداء الشهادة بناء على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فكان يقيم كل بالنتاج واقاما البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كان الخ البايعين قد حضرا واقاما البينة على ذلك فانه يقضى ثم لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا يثبت التلقي للاخر الا من جهته ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا ينقض ثبوته في حق اخر

والبينة ... الانفصال ... الانفصال

قال اذا اعاد

وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذا كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وان كان يتكرر

قال اذا اعاد ذو اليد بينة قضى له بها لتعديها البينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج والا لم يعد قضى بها للثالث وقضى المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الواقع لبينة المدعي كان موجودا في القضاء كان قطعا فاني يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد واجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة فعند تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى

وكذا المقضي عليه بالملك المطلق

وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء
ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل
وان اقام الخارج الخ

قال بمنزلة الملك المطلق اقول في النهاية والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان ينسج لذي اليد بالنسج مرة ثم نقضه الخارج مرة ونقضه ونسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان دعوى ملك المطلق من هذا الوجه [illegible] بالملك المطلق ... ولا فلان السبب ... نقض اليد الثانية بالملك

البينة عم بها للذي هي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه
من كل وجه مما لا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه به كما في دعوى
النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل
ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه
حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا بانه
صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا
بانه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد
مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج
من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما يتكرر من ذلك قضي به للخارج كالخز
وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا فقيل هو ينسج
فاذا بلي ينسج مرة اخرى ثم ينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه
او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او
ادعى حنطة انها ملكه زرعها او ما اخر من الحبوب واقام على ذلك
بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج لانها
ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما البناء فان
البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع
ثم تغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في معناه
لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيرجع الى العدول
من اهل الخبرة ويبني الحكم عليه قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا
تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضاء ببينته
هو الاصل والعدول عنه كان بخبر النتاج كما رويناه فاذا لم يعلم يرجع الى

الاصل

قال وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى
لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى
الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان
وتترك الدار في يدي ذي اليد

قال العبد الضعيف رح وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد رح
يقضي بالبينتين ويكون للخارج لان
العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى
ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع
لان القبض دلالة السبق على ما مر
ولا يعكس الامر لان البيع قبل
القبض لا يجوز وان كان في
العقار عنده
ولهما ان الخ

الاصل قال واذا اقام الخارج البينة على الملك واذا اقام الخارج
البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد اولى لان الخارج
ان كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذه فصار
كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه وان اقام الخارج
البينة انه اشتراها من ذي اليد واقام ذو اليد انه اشتراها من
الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال
المص رح هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يقضي بها
لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج
وقبض ثم باع اياه ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا
يعكس اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعه اياه لان
ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده
ولهما ان الاقرار على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار
كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع وكذا ههنا ولان
السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب ان كان مفيدا للحكم
كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء
لذي اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما
نقضي لزوال ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالبينة
الدية فبقي القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان
على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالالف
بالالف قصاص على مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده

قوله كان ذو اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض ليقول يعني ولم يقبض الخارج

الاقدام ح

قوله ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك قول محمد هذا راجع الى الحكم

ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر
بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء
بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده
ولو شهد الخ

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين
بخلاف الاول وان لم توقت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب
اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار
عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين

وان كان الخ

كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب
ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على الخلاف
التخريج فعندهما ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه
وفي مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك هاهنا وعند محمد باعتبار ان
بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البينتين ذكر
تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم
يكن احدهما اولى من الاخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب
اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن
امكان العمل بهما وهو ما لم يمكن وان وقت البينتان في العقار وفيه
فاما ان يكون وقت الخارج اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين
اما ان شهدوا بالقبض او لا فان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا
بالقبض قضى بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد
فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع
قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالملك بالقبض يقضى بها
لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها منه بعد ما قبضها
وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضى
للخارج في الوجهين جميعا يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد
اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمقضي في جميع
الوجهين في حوزه فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم

[illegible] ١٩١١ [illegible]

وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض
ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب اخر
قال وان اقام احد ح

قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة
كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف ومسئلة قال واذا كانت دار
في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع
الاخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينتصف
بينهما وقالا هي بينهما ح

وهذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم ثم وصل اليه بسبب اخر من
عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض قال وان اقام احد
المدعيين شاهدين والاخر اربعة وان اقام احد المدعيين شاهدين
والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة
الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان الخبر
الواحد لا يترجح بخبر اخر ولا الاية باية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه
والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في
اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لانها
صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست للشهادة بل هي
مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال وان كانت الدار
في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع
الدار والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف الربع عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة
وعندهما هي بينهما اثلاث اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل
في ذلك ان عند ابي حنيفة رح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به
الاستحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول
والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن
ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة
كمستلثا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى
وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة
بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين على طريق المنازعة

وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين و
صاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظاير واضداد لا تحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه
في الزيادات قال ولو كانت في

كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه واجاز
المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا
فعلى هذا الحكم الاتفاق بينهم على التخريجين العول وعلى المنازعة والافتراق
فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب
لا يحتاج الى ضم شئ واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب صح في العين
لان حق الورثة يتعلق بجميع التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة
بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام
الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان
في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا فعلى اصل
ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما تمامه هو الشهادة وهي تحتاج الى
اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على
طريق المنازعة فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر
فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه
البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان
هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار و
لمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل من المدعيين في العين على معنى
ان حق كل منهما شايع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب
الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل
منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب
بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهم اثلاثا
ولهذه المسئلة نظاير واضداد لا تحتملها المختصرات قال المص رح

وقد ذكرناها

قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج
في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له
ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فترك في يده قال واذا تنازعا في

وقد ذكرناها في الزيادات ومن نظايرها الموصى له بجميع المال و بنصفه
عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك
اذا ادانه احد الموليين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة
درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق
العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فتذكر الاصلين
المذكورين فيسهل عليك الاستخراج قال ولو كانت دار في
في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين
ينصرف الى ما في يده ليكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين
على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت
الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الاخر شيئا ومدعي
الكل يدعي عليه النصف وهو خارج في النصف فعليه اقامة
البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو
الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد
وبينة الخارج اولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء
وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون
الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة اذا تنازع
اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده و
ذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان
علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان اشكل
ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما
اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد

قال واذا تنازعا في دابة اقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق احد التاريخين فهو اولى لان ظاهر الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما
لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان قالف في

وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رح لانه ظهر كذب الوقتين فترك
في يد من كان في يده واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة
فهو بينهما لاستوائهما وصل في

قال وان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها للذي اليد اما لظهور
علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال
وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ
تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله وان خالف
سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره
الحاكم فخر الاسلام لانه ظهر كذب الوقتين وذلك مانع عن قبول الشهادة
حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فتترك الدابة في يد من هي
بيده قضاء ترك كانه لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله
محمد رح من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني
فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين
في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان
كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع
في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى
مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء
بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطل البينتان وهي
في يد ذي اليد وقد اتفق الطرفان على استحقاقها على ذي اليد فكيف
يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى
ابو الليث عن محمد رح انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما
نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد
قضاء ترك فكانه لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى
مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى

قوله وقد اتفق الى ان قال اقول في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه سعدي

بلا

فصل في التنازع بالايدي واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى
لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى بخلاف
ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب
الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا

بلا حجة واتفاق الوقتين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس
بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه
البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما
جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين **فصل في التنازع
بالايدي** لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل
بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لان الاول اقوى ولهذا اذا قامت
البينة لا يلتفت الى اليد **قال** واذا تنازعا في دابة
اذا تنازع في دابة اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق
بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك
يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه
فالراكب في السرج اولى لما ذكر ونقل الناطفي هذه الرواية من
النوادر وفي ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا
راكبين يعني في السرج فانها بينهما [illegible] لاستوائهما في التصرف
وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه
هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به او كانا
جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط انما
بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا
يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء

قوله لان الركوب يختص بالملك [illegible] سعدي

وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود
ليس بيد عليه فاستويا واذا كان في

وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب رجحانا في الاستحقاق وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما إذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره

وإذا كان الحائط

فيترك في يد ربها وبهذا افترق بينه وبين الدار إذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لأن يعطي الترك والتعيير لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها لم يتحول إلى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم نعلم بالقاطع وجهالة ذي اليد لا يجوز القضاء لغيره لأن شرط جواز الحكم بأن المدعي ليس في يد غير المدعى عليه ولم يوجد وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فإن كل واحد منهما متمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لأن الزيادة ليست من جنس الحجة فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال وإذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أو لا فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذي اليد وإن نفاه فقال أنا حر فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه وإن قال أنا عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد لأنه أقر أنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق و[illegible] قبيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة والإقرار فيها غير موجبة لمقتضياته كالطلاق والعتاق والهبة وأجيب بأن الرق لم يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد إلا أنه عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها يتقرر فيكون

القول

قال وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بنائه شاهد بهذا الحائط وقوله والهرادي ليس بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا البواري

القول ح قوله في رقه كالذي لا يعقل إذا كان في يده وإن كان الثاني فهو عبد للذي في يده لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كالمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون عبده وبأن الرق من العوارض إذ الأصل الحرية ومدعيه يدعي العارض فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد إلا بحجة وأجيب عن الأول بأن قبض الالتقاط يضعف اليد لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بأن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من في ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال وإذا كان الحائط لرجل وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب بمعنى البيت يقال له بالفارسية [illegible] فدعوى الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها الحمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وإن كان

وكذا البواري لان الحايط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما
ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع
احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته
ثم قيل ح

من خشب فالتربيع ان تكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما
اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان
بعض بنائه على بعض بناء هذا الحايط ومن هذا يعلم ان من الاتصال
ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال تربيع
اولى قوله والهرادي ليس بشيء يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على
انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحايط لا يبنى لهما اصلا
لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري
وانما يوضعان للاستظلال والحايط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حايط
ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا
عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك والا لم يعرف كونه في ايديهما
وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا
منازع لهما لانه يقضي بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة
فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من
جنس الحجة فان الحايط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى للاكثر منها بعد
الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب
الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه
الحايط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به
حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد اشار اليه المص في رواية كتاب
الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحايط
بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل
الحايط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما

في ذلك

ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس
الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحايط يبنى لوضع كثير الجذوع دون
الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق
يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر
اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني
اولى لان الاتصال

في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات
كما تذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهذا موافق لما ذكر في
الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول واكثرهم على انه
يقضى به لصاحب الكثير لان الحايط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة
قوله والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعني
ذلك استحسانا والقياس ان يكون الحايط بين صاحب الجذع والجذعين
وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة
من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على
الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما
ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق
بحسب الاستعمال ووجه الاول ان الحايط يبنى لوضع الكثير دون
الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له
حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع
الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحايط لرجل ويثبت
للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا
واعلم ان ما اختاره المص من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض
المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم
الخشبتان بمنزلة الثلاث وان كان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما
اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
وعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا
تنازع صاحب الجذوع والاتصال وايضا التربيع في احد طرفي الحايط المتنازع فيه

لأن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني رح وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها

قال وإذا ادعى

فالقول أولى لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى وممن رجحه شمس الأئمة السرخسي وروى أن الثاني أولى لأن الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا أن الظاهر يكفي حجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال في الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي وإذا كان في يد رجل عشرة أبيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ولا يعتبر بكون أحدهما أكثر أجاد دون الآخر لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وعلى يد الآخر هدبة حيث يقضي لصاحب الهدب وإذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه والنفي والشرب يحتاج إليه الأراضي دون الأرباب فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهم فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار

قال وإذا ادعى

٣٦٨

قال وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في يديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود ولو أقاما أنها في يديهما فلا يستحق لأحدهما من غير حجة وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال وإذا ادعى رجلان أرضا كل واحد منهما ادعى أنها في يده لم يقض القاضي به أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر إحضارها لا بد من البينة لأنها تثبت ما غاب عن المشاهدة وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فإن قيل البينة تقام على خصم وحيث لم تثبت أنها في يد الآخر فليس بخصم أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد أشار إلى ذلك بقوله لأن اليد حق مقصود يعني فيجوز أن يكون المدعى عليه خصما فإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لقيام الحجة فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض المشايخ هذا قول أبي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة بأن أباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم بإقرارهم ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لأن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج إلى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فإن حلف لم يقض لهما باليد وبرئ

باب دعوى النسب قال وإذا باع جارية فجاءت بولد فادّعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن البائع وأمه أم ولده وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض وإذا صحت رح

كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال وإن نكل قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها للذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله وإذا ادّعيا أرضا صحراء أنها بأيديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما لبّن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب **باب دعوى النسب**

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا فقدّمه **قال** وإذا باع جارية فجاءت بولد اعلم أن البائع إذا ادّعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فإما أن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه منها على أربعة أوجه إما أن ادّعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادّعاه معا أو على التعاقب فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادّعاه البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان الدعوى مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبّرتها قبل أن أبيعها وإذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب إذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان أنا تيقّنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال صح الغير عنها وعن ولدها

قوله

وإذا صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه قبضه بغير حق وإن ادّعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة إلا إذا صدّقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع رح

قوله ومبنى النسب على الخفاء جواب عن التناقض وذلك لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يعلم أنه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع بأن طلّقها ثلاثا وإذا صحت الدعوى استندت أي الدعوة إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منقودا لأنه قبضه بغير حق وإن ادّعاه المشتري وحده صحت دعوته لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ويثبت لها أمية الولد بإقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وإن ادّعياه معا يثبت النسب من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الأول على الحال دون الثانية فكان البائع أولى قوله وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوى والملك معدوم ووجهه أن هذه دعوة استيلاد وهي لا تقتضي قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك إن ادّعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد عن النسب وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع فإما أن يصدقه المشتري أو لا فإن كان الثاني فلا تصح دعوة البائع لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا

قوله لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه أقول الباء زائدة في قوله ولا كذلك العتق والتدبير أقول لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر قوله وصار كالمرأة إذا أقامت البينة أقول فإن بينتها تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق منه

قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد أقول ينبغي دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير إلا إذا ... منه

ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه وان صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك قال فان مات هـ

وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح فلا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام ولد واذا لم تصر ام ولد يثبت دعواه في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبايع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البايع كالاجنبي وان جاءت به بين المدتين فان كان ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البايع فيه لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد لاحتمال العلوق في ملكه فيهما كحمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل و لا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البايع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم نعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البايع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البايع ان جاءت به لاقل المدة لا تمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد

قال فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن هـ

عند المشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبايع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت من وجهين وفي جانب البايع من وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البايع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما قال فان مات الولد فادعاه البايع الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يحتمل النقض يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينتفي ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت نسب الولد واخذه لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فانه حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من النبي الا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضره فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها

قوله لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته الى قوله الدليل الاخر لا يدل على الاصالة في النسب بل في العتق

ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وهو اي الصحيح

وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق
المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق
ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما قررنا في الوجه الاول فقام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق
في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل
وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد
المغرور فانه حر وامه مملوكة لما
وكما في المستولدة بالنكاح وفي
الفصل الثاني قام المانع بالاصل
وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه
وفي التبع وانما كان الاعتاق ...

بالقيمة ٧٠

وذكر المص رحمه الله رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما
نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو
ابنه يرد عليه بحصته من الثمن بقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام
فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه عندهما
وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد
فدعوته باطلة اذ لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استظهارا
فانه كان معلوما من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اي بثبوت
حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب
والام تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري
الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام
فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة
من الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه يستحق
لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب
للولد صيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق
المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي ليس ثبوت الاستيلاد
في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه
عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم
انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه حر بالقيمة وهو ثابت النسب
من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح
بان تزوج امراة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني
وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده قام المانع

بالاصل

وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه
ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير

بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة
والاستيلاد فيه وفي التبع قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان ان
المانع عتق الولد هو ثبوت النسب بدعوة البائع ومعارضة ان
الاعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد
في الام في ان كل واحد منها لا يحتمل النقض فلبس يفضل احدهما على الاخر
ترجيح من هذا الوجه وورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين
في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى
البائع الولد الاخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري
وذلك انتقض للعتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد
فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت
النسب للاخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق
في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الاخر والا
لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن
ان يجاب عنه بانه ان يثبت العتق في الاخر لزمه ضمان قيمته وفي
ذلك ضرر زائد فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي
عنده ما كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود
فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستلحاق
فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد
حق دعوته وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض
بان المالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه
بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقة واجيب بانه ليس

والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن على قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
قال ومن باع عبدا

بترجيح بل بوجه جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع
بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه
الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه
من اموال بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق
فعملنا باخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا
يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل
من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل عن
الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه
بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكره
في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة
في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد ما يخص الولد من الثمن
بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع
فيما زعم انها ام ولده حيث جعلها معتقة المشتري او مدبرته
ولم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجز الحكم بخلاف
ما زعمه البائع فبقي زعمه معتبرا في ضمن رد جميع الثمن والذي
اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على
ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف
يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق
المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه
بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب
بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل

العقد

قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه

النقض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد
استهلكه بالدعوة قال ومن باع عبدا ولد عنده والاصل
في هذا انه اذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه
وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه
ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل
البيع لاحتمال النقض وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض
لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او
رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان ادعاه المشتري اولا ثم
ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت
من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه وللقائل ان يقول الثابت
بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان واما
الدعوة من المشتري ومن البائع فحق وبيان في ان الثابت بها
حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين
الدعوة والعتق في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح
دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول
عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية ومن
ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر
رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب
في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة يجوز ان يقال غلامان
توأم وتوأمان وقوله ويبطل عتق المشتري ان كانت الرواية
بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى

وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبتت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة هو ... فيه ثبتت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان

بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وههنا يثبت تبعا لحريته
فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما
باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته
قال واذا كان الصبي في

اما التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا بخلاف ما اذا كان
الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا بنى على تقدير تصحيح الدعوى
من البايع وقد تقدم ان صحة الدعوة لا يعارض الاعتاق وههنا اي في
مسئلة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشترى تبعا لحريته
حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير لحريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله
فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير في للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل
بدل من قوله لحريته وانما ابدل به اشارة الى ما سبق ليتبين بذلك ان البيع
لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا مملوكا ضمنيا بالرد والابطال و
لو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد
الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة
تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته
فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوأمين وابوه
الاخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان
جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال
اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك بمعنى اخر وهو ان المدعي ان كان هو
الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب
قد ملك حافده فيعتق عليه ولا ايراد يصح مع دعوى التحرير قال
واذا كان الصبي في يد رجل اذا كان الصبي في يد رجل فقال انه ابن عبده
فلان او ابن فلان الغايب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته
في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا اما حالا فلوجود المانع وهو

تعلق

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان
يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد
على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان
كان لا يحتمل النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه
البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء
اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد
ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا
لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد
الملاعنة لا تثبت نسبه من غير الملاعن
لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح

نقول صح العتق واما استقبالا فلان الغايب لا يخ حاله من ثلاث اما
ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه
الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يبطل باقراره بتكذيب
من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة
خلافا لهما فالاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب
عبده فاقر به لا يثبت وكذا اذا هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه
على احد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر
المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال المشتري انا
اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه
لانه تعلق حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا
يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة رح
ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان
كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين زوج المقر
عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق
وتعلق حق المقر له وبتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما اما الاول فلان
تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه
حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن
شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسوق
ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تصح وكذلك اورده المصنف
وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله

ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد
على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له لو صدقه بعد
التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء

ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلّم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب
وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوة المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مرّ وهذا يصلح
مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فينقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره

قال واذا كان الصبي

ومسئلة الولاء جواب عما استشهدا بها بانها على الخلاف فلا ينتقض
شاهدا لهما ولئن سلّم ان الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من
جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر
سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء
موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك
له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا محله لوجود شرطه وهو
قيام الملك فبطل بخلاف النسب على ما مرّ ان النسب مما لا يحتمل النقض
وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف
المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره

قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي في يد
مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو
ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي
التعارض ولا تعارض بينهما لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا
اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلايل
الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا
وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقائل ان يقول هذا
مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلايل
التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى
الكفر اباءه مع ظهور دلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل
ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم

قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر
لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
مآلا اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

ولو كانت دعوتهما

لابائهم

ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت المرأة
صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي
تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب

ثم شهادة القابلة

لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم ومدعي النسب اب لان دعوته
لا يحتمل النقض فتعارضت الايات وفي الاحاديث الدالة على الرحمة
بالصبيان نظرا انها كثيرة فكانت اقوى من المانع وكون الاباء بجوده
والاصل عدمه الا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق و
بترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع عنها بخلاف ترك النسب هنا فان
المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب
فلو كانت دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين
ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما و
ادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة
فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام و
اجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح
لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم
المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب
المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينته من يثبت حقا
لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة
والجواب انه يعرف بقوله عليه السلام البينة على المدعي لانه اشبه المدعي
لكونه يدعي حقا لنفسه قال واذا ادعت المرأة صبيا انه ابنها
فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان
كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب
منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد
بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة

قوله لان دعوته لا يحتمل النقض فتعارضت الاقوال فيها نوع مصادرة

ثم شهادة القابلة كافية فيه لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة القابلة
على الولادة ولو كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد فرغ الطلاق والام تكون منكوحة ولا معتدة قالوا
يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو
ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبة فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من
غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو
ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما
او لقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد
ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه
وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول
كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر
غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان
ههنا يدخل المقر له في نصيب المقر
لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا
يدخل لان النسب لا يحتملها ح
قال ومن اشترى ح

وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ
النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة
القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند
ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا
يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة وقد فرغنا الطلاق وان لم يكن ذات
زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما
على نفسها دون غيرها وفي هذا الفرق بين الرجل والمراة ومنهم من
قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل
ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير
بينة وكل من يدعي امرا يمكنه الاثبات بالبينة لا يقبل قوله فيه الا
بالبينة والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على
الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها اه والاول هو المختار لعدم
التحميل على احد فيها ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن
نفسه فاما اذا عبر فالقول قوله انهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه
وباقي الكلام ظ قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا فاستحق
باب دعوة النسب مسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امراة معتمدا
على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور
حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار
ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف
اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رض يفك الغلام بالغلام

ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور
فان المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالاجماع الصحابة رض
والجارية
ولان النظر ح

ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد
حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه
والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه
فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته
لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ
ديته لان سلامة بدله كسلامته
ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا
كان حيا ويرجع بقيمة الولد على
بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع
قيمته بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء
منافعها فلا يرجع به على البائع
كتاب الاقرار ح

والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله و
ان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رض عليه قيمتها
واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا
بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية
ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل
في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما قوله ثم الولد حاصل بيان
لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني
من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد
لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد يضمن الا
قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه
ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في
حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق
الاب رقيق في حق المدعي لانه علوق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا
لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة و
الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته
لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته
نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيلزم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن
من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن
للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان
الغرور يشملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها
وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته

منع المبيع

كتاب الاقرار

قال وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة على الصدق الا يرى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه

ثم ما عامدين

وشرط الحرية

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى ثم ذكر ما نقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة لظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بحاله لا يخلو اما ان يسترجع منه او لا فان استرجع منه فلا يخلو اما ان يسترجع بنفسه او بغيره وقد ذكرنا استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرنا ما هنالك ثمه فيه وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة والا لم يسترجع فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظ بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حكمه بغيره وهو الوديعة **قال** وإذا أقر الحر البالغ العاقل

الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وحكمه انه يلزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد انعقد الاجماع عليه وهذا المعقول بقوله عليه السلام الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما الحجية فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وحقيقته ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب

فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد المانع لصلاحيته للحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح في الحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح والمال ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء ويصح ان يقال ليس بمعذر وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وفي المحجور عليه عن الاقرار بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره اي اقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعملونها معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما يبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغ ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحة لان الاقرار

وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به

وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه
فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان
قال فان قال

اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد يلزم مجهولا وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له بانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالبيان الجارية وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة بملكه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال محكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة

فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة
قال ولو قال

او في قطرة

قال ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب
قال ولو قال اموال عظ

او في قطرة ما لا يبيح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التوقيف وعدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقته وقد يترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة
قال ولو قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله في ما بين الا في ما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا الغاء الوصف العظيم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغني بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به فاذا بين بالمال الزكوتي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكاة من جنسه وفي الدنانير بعشرين مثقالا وفي الدراهم بمائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد رحمه الله قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل يعني اذا وصف بالعظم وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب الصدقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح على قوله

قال ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا للادنى الجمع ولو قال
دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما يصدق في اقل من مائتين
لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه
اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال
احد عشر درهما فيكون هو الاكثر
من حيث اللفظ فينصرف اليه
ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل
الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها
لان اللفظ يحتمله وينصرف الى
الوزن المعتاد قال ولو قال كذا

الا بني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم
واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيم ولو قال اموال عظام
فالتقدير الخ بثلاثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا للادنى الجمع
واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة
وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلاثة عند الش رح
لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها
مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند اخرين وحكم الشرع كذلك
تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر وبمائتين اخرى
كالزكوة وجوبا وحرمانا من احدهما وباكثر من ذلك كما لاستطاعة في الحج
في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف
الى الثلاثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به
اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة رح الدراهم مميز يقع به تمييز العدد واقصى
ما ينتهي اليه اسم الجمع مميزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال
احد عشر درهما ومائة والف درهم فتكون العشرة هو الاكثر
من حيث دلالة اللفظ عليه ~~دراهم فهي ثلاثة بالاتفاق لانه اقل~~
فينصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من
الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلاثة بالاتفاق
لانه اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر
منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد
وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة
لكونه معتبرا في الشرع قال ولو قال كذا درهما كذا كناية عن العدد

على مذهبهما

قوله وفي اقل من ثلثة عند الش ... لان الكثرة ... بتعليق ... من السرقة ... العشرة ... السرقة ... ومهر اقول

قوله لا يعدل الى غيره اقول فيه ... لان العمل بما دل

قال ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين
مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو
درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد
وعشرون وان ربع يزاد عليها الف
لان ذلك نظيره وان قال له علي او
قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة
ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر
في الكفالة ولو قال الموعود

والاصل في المسئلة اعتباره بالمفسر فما له نظير في الاعداد المفسرة
حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك يبطل فاذا قال كذا
درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر
وان ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير فاذا قال كذا وكذا كان
احدا وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربع
يزاد الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب
وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر بقوله وديعة
صدق ويكون مجازا لان الايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير
عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف رح وفي نسخ
المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ
ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة
جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة
ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية تشرح
مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح
فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي
او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء
في يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض
بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين
ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب
الدين والاخر يوجب الوديعة وجمع بينهما غير ممكن واعمالهما لا يجوز
وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون

قوله لان الايجاب حفظ المضمون اقول اي الذي
من شانه الضمان وهو المال ... والمال محله
اقول فيكون من ذكر المحل وارادة الحال ... والظهر
ان قوله ومحله راجع الى حفظ المضمون

قال قوله قبلي اقرار بالدين يخالف الكافي
ان محل الدين هو الذمة ...
وهو لا يجوز

ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا قال العبد الضعيف رح وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار
قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او
في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما
ولو قال له رجل لي عليك

ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذ اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة

بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان

قال ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها
اقول الالف مذكر وتانيث الضمير بتاويل الجملة وفي القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز

باب الاقرار بالمدعى
ومن قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا فكانه اعاده بتصريح لفظه فصار قوله كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال اقعد وزن الفلوس واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة او نقادا او انتقد للناس دراهمهم واما في قوله اجلني فلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فلان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف له المقر على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والمبهم

وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين و هذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا

قال ومن اقر

يجب الى التفسير ولا تفسير لها لان الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا الاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة وبجوز الاستقراض بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكن كثيرا فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل بالمجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تدل على المغايرة فانصرفت اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا تصلح لتمييز المائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد قال ومن اقر بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للاخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب

قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين اقول لا يخفى عليك ان الاكتفاء عقيب العددين لا يخص ما يثبت دينا في الذمة في جميع الجهات بل يعم مثل الثوب والشاة وغيرهما مما لم يذكر عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا

[illegible]

قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع

ومن اقر بدابة في

ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى
قياس قول محمد رح يضمنها ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل
الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان
والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه
وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف
بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه
واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب
في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد
عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر
ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف
في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف
ولابي يوسف رح

الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله
تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزمه الا المظروف
لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنتزع ومن اقر لشيء
لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لا
يصلح ظرفا للاول لغا اخر كلام ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه
الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان
الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وكذا اذا قال غصبت
منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب
والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب
الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد رح يدخلان
في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل
حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي
علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة و
العيدان بزنة النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم
من الاصل المذكور قوله لان النفيس من الثياب قد يلف
في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبت كرباسا
في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد رح مع ان عشرة اثواب
حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعى
وليس بوعاء ومعناه ظاهر لان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد
منها موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان
ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد

ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع
الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال
لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة
وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله
ولو قال له علي

كان

ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة فلزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء
وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان و
لو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد قررت الدلائل
في الطلاق **فصل** ومن قال لحمل
فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له
فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح
لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له
ثم اذا جاءت به

كان اخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في معنى
التبيين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب
في تكثير الاجزاء لا لازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا
وان جعلته الف جزء فلم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه
ظ وقد تقدم في كتاب الطلاق **فصل** لما كانت مسائل
الحمل مغايرة لغيرها ذكر في فصل على حدة والحقها مسئلة الخيار
اتباعا للمبسوط **قال** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم
ومن اقر لحمل فاما ان يبين سببا اولا فان بين فاما ان يكون سببا
صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات
ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عاينّاه حكمنا به فكذلك
باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجوده له عند
الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا
وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار
لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك واما
اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان
جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان هذا
الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل
وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين
او انثيين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك و
في الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح
مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما

ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم
بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين
فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا
وان ابهم الاقرار

وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف و قال محمد رح يصح لان الاقرار من اهله الصحيح فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الحاصل ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

ومن اقر

من الجنين لا حقيقة وهو ظ ولا حكما لانه لا ولي عليه قال قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهو بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه الان يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنيابته وهو القاضي او من ياذن له القاضي واذا تصور للغائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه والان يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد رح لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او بدين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رح ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الاخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه وعرف الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه

الحمل م

قوله فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اقول انت خبير بان هذا السؤال الخ
قوله اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين اقول في مبسوط شمس الائمة ومن يفهم هذا الجواب يعلم ان قوله بل ظهور كذبه فراجع الا ما قالوا في توضيحه قوله كلام محمل وان شئت زيادة تفصيل كل ذلك لم يكن في جواب ... السيد ...

قلنا لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل فقد نبه على الجاهل ... ان الجنين ... عليه الولاية ... وبين السبب ... كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا عنه انتهى

قوله فيصير بدلالة العرف كالتصريح به اقول ويمكن ان يقال دلالة العرف فيما تتصور فيه سببية التجارة واما فيما لا تمكن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتامل

بالخيار

ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل **باب الاستثناء وما في معناه** قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر

فان استثنى الجميع

بالخيار في اقراره ثلاثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهو قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا يبطل باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثيره في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رض جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تع قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا قال فان استثنى

قوله نصفه بدل من قوله الليل الا قليلا نصفه بدل من قوله الا قليلا

قال استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما

محمد رح

الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المص في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعادة حتى اتى على الكل صح وقيل تحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بعين اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد المستثنى لانه انما صار كلاما ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل بهذا ترجح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى راسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا يرى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او قال الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد رح ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي رح وقوله فيها قول محمد والشافعي يعود الى المقدار وغير ما لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر

طالق

وعلى الثوب

وعلى الثوب وهو غير مقدر و لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا ابو العباس والشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المص رح كما ترى ليس الا ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقررات رجوا كلامه انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده معارض الصدر وليس كما شرط المجانسة و ليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وابي يوسف ان شرط الاستثناء لبيان ان الصدر المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غير ما لفظا لا يرتاد فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى منه الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا

محمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية وفيهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدنانير فظاهر واما المكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح

قال ومن اقر بحق

قال المص لدخل تحت اللفظ اقول انما قال دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكميا ويجوز ان يعود الى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام

ح

قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا

قال المص اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط اقول ...

قال ومن اقر

للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا واوجب جهالة المستثنى لو جب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء وتقابل الاول بقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ والقيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر بالدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه لما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات **قال** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ومن قال لفلان علي مائة ان شاء الله فقد لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تع اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد رح وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد رح يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزم الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عنده كما تقدم **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه

ومن قال

قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا

ولو قال

ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان المستثنى من تناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحقت البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لي لا يتبعها بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل تخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الآخر كالارض والبناء فان كانا لشخص فقط وان كانا لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الدار لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم

ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار

قال ولو قال

قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك قال العبد الضعيف هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتك وانما بعتك عبدا غير هذا و

فيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شئ لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال

الاقرار على الغير والمقدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع ثم الاقرار بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح

قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم لا اذا ادعى المقر له بتسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضته مني ولا تفاوت بين هذا وبين ان يكون العبد في يد المقر او يد المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شئ من المال لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وايضا

لا تفاوت

ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضته عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا لكلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر به صح

لا تفاوت بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكره واذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان في الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارية كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح المقر له اما ان يصدق في الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول له وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب وآخره قد يغير لانه يحتمل انتفاؤه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه متاعا فالآخره وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد قوله وبه لا يتأكد الوجوب اي نحو وجوب السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما

وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا قال ولو قال اشتريت

ولو قال ابتعت منه بيعا الا انى لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار
بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او
خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون
واجبا واول كلامه للوجوب وقالا
اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر
كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار
كما اذا قال في اخره ان شاء الله

قلنا ذلك تعليق

ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد
بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله
وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من
جوابه وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذا قوله فيكون
لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلام فان وافقه الطالب
في السبب فيكون القول ليس بصحيح لانه في بيان التفصيل وليس فيه
اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه
الطالب في السبب والحال لانه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض
كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله ولو قال
ابتعت منه في بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها
عبدا الا انى لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة
البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب
الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان
من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المص اه وفيه نظر فانه انما كان
كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع **قال**
وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن
خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل او فصل
اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الالف ثم زعم انه
لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا لا
اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب
لان الخمر مال يجب تجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة

شراها

فقلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف
او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا
لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا
قال لفلان علي الف درهم زيوف من
ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح
بشرط الوصل كالشرط والاستثناء
وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف
بحقيقته والستوق بمجازه الا ان
مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا
مغيرا من هذا الوجه وصار كما
اذا قال الا انها وزن خمسة

ولابي حنيفة رح

شرائها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر
كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله
واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بالشرط يجعل
الكلام متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجب العمل عليه
من حكم الارسال وفي صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا
ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا
ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع او اقرضني الفا وبين
انها زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة
وقالا ان قال ذلك موصولا صدق وان فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال
هي ستوقة او رصاص يكون على احد قولي ابي يوسف رح فانه في رواية
عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة
الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع
لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد
لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء
لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن
ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرهما اخرا كان بيان تغيير فيصح
موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة
ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة
عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فيكون دعواه
بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتك معيبا
وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد

ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب و
دعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول
للمشتري لما بينا   والستوقة ليست

والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان

بمقتضى السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواها رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهد به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان تتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما تقرر انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يتبين انها جيدة او وسط او ردية فلا يصح بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي حنيفة رح في غير في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض والقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامع والزيادات والمبسوط ويعبر بالمبسوط عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم

مطلب في ظاهر الرواية وغيره

زيوف

ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا التعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف

زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه بتجارة سواء ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا التعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا و يمكن ان يجاب عنه بما قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون ومن يجوز ان يكون متنوعا او عيبا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنهما تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعا لمطلق الدراهم لاصالة اباحها اصالة الجنس الانواع هذا والله الموفق للصواب قوله ولهذا اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد

وعن ابي يوسف رح انه لايصدق فيه مفصولا بالقرض اذ القبض فيها هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او
رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس
الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الف الا انه ينقص
كذا لم يصدق وان وصل صدق
لان هذا استثناء المقدار والاستثناء
يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف
واستثناء الوصف لا يصح واللفظ يتناول
المقدار دون الوصف وهو تصرف
لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل لعدم
امكان الاحتراز عنه قال ص ح

لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له قال الاجل ح
متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا و
عن ابا يوسف رح انه لا يصدق فيه موصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب
للضمان فيها هو القبض وهو موجود فيها ولو اقر بالغصب والوديعة
ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست
من جنس الدراهم كما مر لكن يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الف الا انه
ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد تقدم بيانه
ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو فصيل لان الانسان قد
يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في اخره وصيل ولا يمكن الا يتكلم
بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم امكان الاحتراز عنه قال
ومن اقر بغصب ثوب بهذه فقد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص
بالسليم قوله ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم الخ اما ان يتكلم
بما يدل على فعل نفسه كقولك اخذت وشبهه او على فعل غيره كما اعطيت
فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت
وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على
الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمودع بيمينه وان ادعى غيره
ضمن المقر لانهما في الاولى يتوافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له
يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره وكان القول قوله
بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى
الاخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى
مفصولا

حافظ

قال الاص بخلاف الزيافة لانه وصف القول في بعض ما
ذكر وهو البيع والقرض واما قلنا ذلك لما سبق
انما هو انه هو في الغصب والوديعة بيان النوع
ان يصح الاستثناء فتأمل فانه يغنيني ح

بالسليم

قال ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال
لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال
غصبتنيها لم يضمن
والفرق ح

ما برئه

والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون القول لربه مع اليمين
وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا
كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه
ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة
وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنا لك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له
يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكر
فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة
لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي
لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له واقر
باستحقاقها عليه وهو ينكره والقول للمنكر
وان قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها
وردها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا
فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح
القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة
والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي
هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان
الثوب ثوبي فهو على الاختلاف في الصحيح
وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه
الاستحسان وهو الفرق ان اليد في
الاجارة والاعارة ضرورية تثبت
ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو
المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة
فلا يكون اقراره باليد مطلقا بخلاف
الوديعة لان اليد فيها مقصودة و
الايداع اثبات اليد قصدا فيكون
الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه اخر
ان في الاجارة والاعارة والاسكان
اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول
قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة
الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة
وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال
اودعتها كان على هذا الخلاف وليس
مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف
الوديعة وعدمه في الطرف الاخر وهو
الاجارة واختاه لانه ذكر الاخذ
في وضع الطرف الاخر في كتاب الاقرار
ايضا
وهذا الخلاف فيما اذا قال
اقتضيت ح

ما برئه واانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم
سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل
الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه
لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامنا فيه قوله
القول قول الذي اخذ منه الدابة او الثوب يعني اذا لم يكن ذلك
معروفا للمقر اما اذا كان معروفا كان القول قول المقر في قولهم جميعا
لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون بمجرد اليد فيه لغيره
سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان
القول فيها قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رح وقوله
وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له
وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله فيكون
القول قوله في كيفيته الا في كيفية ثبوت اليد انه باي طريق كان
كما لو قال ملكتك عبدي بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن ولي
حق الحبس كان القول له وان زعم الاخر خلافه وقوله وقد يكون
من غير صنعه كما للقطة فانها وديعة في يد الملتقط والام يدفع
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان
وقوله ليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي فيما ذكر الا انه اراد
انما يجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤها
وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية والاسكان
فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الموضع وقال الوافي
شرح الجامع الصغير بهذا الفرق ليس بشيء لان محمدا رح ذكر في كتاب الاقرار

قال الاص والايداع اثبات اليد اقر وقال الاتقاني
الملك انتهى ولا اخر ان يقال ان يضع في
قال الاص كان على هذا الخلاف
بخلاف

وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما ندعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملكه او بقبضه بما ندعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف رح بحسب التقدير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح والله اعلم

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة **قال** واذا اقر المريض في مرض موته او اقرض المديون وبذمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل ما ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحة ودين المرض سواء كان السبب معلوما او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر من الاهل اذ الوضع فيه المضاف الى المحلة وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كالانشاء نظرا الى تصرف مبايعة او مناكحة وانما توجب لوصف العقل

باب اقرار المريض واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار

والدين

وكذا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة

والدين لانها لا تنفك عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان الغرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانا مستويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان بما دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج الشيخ الفاني رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها وقوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه

وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التحقيق وبهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاول حال اطلاق وبهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم الموقوفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا قال ولو اقر

يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون يبطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما قرا جاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التحقيق فلم يكن الا تعليق حق الغرماء بماله وبهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا من التوي فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يتعلق حق غرماء الصحة لو لا كما اجاب بقوله وحالتا المرض واحدة يعني اوله واخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة العجز فكانا بمنزلة اقرار واحد كما في الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاول حال اطلاق وبهذه حالة عجز فيتغير فان قيل فيمنع تعلق حق الغرماء الصحة بماله من اقراره في حال المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض من الاقرار في اخره وبهذا الدليل افاد التوقف بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون الموقوفة الاسباب فقال وانما تقدم الموقوفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيتقدم على المؤخر ويصير كدين الصحة لا يتقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره **قال** ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين حتى يمنعه من ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقين

قال ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقي وغرماء الصحة

فلا يبع

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة فاذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة تتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر

فلا يبع فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع وربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى ما استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل يعدله ارايت لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع الا كان يمنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حقه نفسه عليه وانما رد في حق الغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهر صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان يحل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما نحن فيها والاقرار لاجنبي ليس من ذلك كما سياتي ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة

قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة

ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود وفي حضرتهم وقال الاب استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المودع خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى انه لو كذبناه لكان وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن شمس الائمة قال بهذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة رض عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وتذكر ما اوردنا بالاقرار بوارث اخر وما اجبنا به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء ثم اجمال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة بتخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق

ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله بالقياس والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ولكنا

الاقارب بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يتعاملون مع الاجنبي يتعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به انفا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان قال والقياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كالوصية الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فينفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى ياتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه الثاني وثم الى ان ياتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث

قال ومن اقر لاجنبية ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل
اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فيتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا
كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقر لها

بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها
منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة
وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله
اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره
لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في
اقل الامرين فيثبت
فصل ومن اقر

محلها ليس الا فافترقا قال ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان
لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمرا او غير مستمر
وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت
واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار بحجب او لغيره
وما لغيره فاما ان يكون بسبب الارث كما لسنته الى وقت العلوق او لا
وهل ان لا يكون اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك
ثمانية اوجه ففيما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان
وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت
فان كان الانتفاء بحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد
او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا
لان الوارث بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان
كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بائنا وقد اقر لها
بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام
العدة فلعله استعمل وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم
على الطلاق ليصح الاقرار زيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فيثبت
وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار لانه موجب بنفسه وقد
حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار
للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره
بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره
وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه
ثبت نسبه فبطل اقراره والا لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها

قوله واما ان يكون الخ اقول معطوف على قوله
واما ان يكون وارثا حالة الموت وهذا القول
معطوف على قوله اما ان يكون وارثا حال الاقرار

لم يبطل

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه
وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في
الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه
اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف
الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض
لان النسب من الحوائج الاصلية
ويشارك الورثة في الميراث لانه
لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال
ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد
والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه
وليس فيه تحميل النسب على الغير
ويقبل اقرارها

لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره
وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم
تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد
وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما
ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول ابي يوسف
وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب
الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول
في تقرير صفة الوراثة ~~فاذا وجد سبب الوراثة~~ عند الاقرار لان التهمة
لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار فصل
ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته وصحته
الاقرار بالولد بثلث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون
مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته
من غيره وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه
بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب فلا يمتنع
الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو لازم خاصة
ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك
ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به
وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة
سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة
او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي
وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره

ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقه فيها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر

بالام كتحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والمذكور في المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمراة ومولى العتاقة وقال صاحب النهاية والله اعلم بالحجة وقد عرفت صحته بالدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه الا الولد وقال في المبسوط واقرار المراة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والام في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذ النوض الى النواشي قائم مقامها فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق حوله وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمراد شرط صحة تصديقها خلوها من زوج اخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من اثار النكاح الا يرى انه تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن الشيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات

الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يقول يعارض بقوله لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عند نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المراة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له بهذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في ماله بنفسه عند عدم الزحم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحق الموصى له وبقية كلامه للكتاب الى بيان قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرنا ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة رح وان كان المقر احد ابنيه لم يثبت النسب والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره يتضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رح اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه

قال ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شئ للمقر وللاخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور والله تع اعلم واحكم

كتاب الصلح الصلح على ملة الحرس ؟؟

اخوه الموقوف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة الا زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال ومن مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شئ للمقر وللاخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه خاصة كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا انفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهو لا يجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الموت انه لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر معارض بزعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم

الفائدة

الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم بزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض فيه اذ هذا فيرجع لتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ولقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

تم

قد وقع الفراغ من تسويد هذه النسخة الشريفة في وقت الظهر من اليوم الخميس التاسع من شوال المعظم ذي القعدة الشريفة لسنة اثنتين وثلثين والف في بلدة قسطنطينية المحمية حماها الله تع عن الآفة والبلية في المدرسة المسماة بسليمانية على يد العبد الضعيف المحتاج الى رحمة الغني الودود احمد بن محمد الحاج تيمور الموروي عفى عنهما اباه عفا الله له ولوالديه واحسن اليهما واليه

٣٦٤

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور براغب
١١٧٥